Juristische Schriftenreihe – Band 300
herausgegeben von Paul Oberhammer

Olaf Riss

Einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt und Käuferinsolvenz

Vorleistungspflicht, Synallagmaschutz und Gläubigerprivilegierung in der Insolvenz




VERLAG
ÖSTERREICH

Juristische Schriftenreihe – Band 300
herausgegeben von Paul Oberhammer, Wien

Olaf Riss

Einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt und Käuferinsolvenz

Vorleistungspflicht, Synallagmaschutz und Gläubigerprivilegierung in der Insolvenz

2023



Dr. Olaf Riss, LL.M.
Professor für Wirtschaftsprivatrecht, Fakultät für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften, Universität Klagenfurt

Veröffentlicht mit Unterstützung des

Linzer Hochschulfonds (LHF)
Austrian Science Fund (FWF): PUB 657-G



www.verlagoesterreich.at
Gedruckt in Ungarn

Satz: paginamedia GmbH, 69514 Laudenbach, Deutschland
Druck: Prime Rate Kft., 1044 Budapest, Ungarn

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-7046-7442-5 (eBook)
https://doi.org/10.33196/9783704674425

ISSN 2307-8545
ISBN 978-3-7046-6282-8 Verlag Österreich

D., D. & W.

Und wenn ich auch wohl weiß, dass [dieser kleine Band] nicht wert ist, Euch zugeeignet zu werden, so erhoffe ich doch von Eurer wohlwollenden Gesinnung eine günstige Aufnahme für ihn, in Anbetracht, dass ich kein größeres Geschenk zu geben vermag, als diese Schrift, die in den Stand setzt, in kurzer Zeit alles das zu erfassen, was ich in langen Jahren mit vielen Gefahren und Mühseligkeiten zum Gegenstand meiner Forschung gemacht habe. Es ist ein Werk, das ich nicht aufgeputzt oder mit vielem Wortgepräge und Flitter vollgestopft habe, womit andere ihre Sachen vollzuschreiben und zu verzieren pflegen; denn ich möchte, dass die Sache selbst sich die Ehre mache oder dass einzig und allein die Mannigfaltigkeit des Stoffes und die Wucht des Gegenstands Gönner gewinne.

Zueignung. Dem erlauchten Lorenzo de Medici, Sohn des Piero aus:
Niccholò Machiavelli, Der Fürst
(1532, aus dem Italienischen von *August Wilhelm Rehberg*)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2013 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien als Habilitationsschrift angenommen. Mehrere große, allesamt erfreuliche Lebensereignisse haben es über das gewöhnliche Maß hinaus verzögert, dass sie veröffentlicht wird. Die Publikationsfassung ist aktualisiert und überarbeitet (Stand Februar 2023). Die zeitliche Distanz gab mir Gelegenheit, meine Thesen – gesegnet mit dem Schleier des Vergessens und damit als unbefangener Leser – auf den Prüfstand zu stellen. Erfreulicherweise konnten die inhaltlichen Änderungen gegenüber der Urfassung unwesentlich bleiben; ich hoffe aber, dass Gedankengang und Darstellung hie und da an Prägnanz gewonnen haben.

Ende des 19. Jahrhunderts hat man das Insolvenzrecht als eine Wissenschaft bezeichnet, die in ihren Grundlagen unsicher, in ihrem Ausbau vernachlässigt und in ihrem Verhältnis zu anderen Rechtszweigen „von wirkender juristischer Kraft nur wenig befruchtet" ist[1]. Auch das jüngere Schrifttum beklagt mit Blick auf das Insolvenzrecht, dass in Zeiten, in denen die (Rechts-)Wissenschaft mit der Forderung nach praktisch verwertbaren und wirtschaftlich ergiebigen Erkenntnissen konfrontiert ist, die Grundlagenforschung zu kurz kommt[2]. Der Eigentumsvorbehalt genießt keinen wesentlich besseren Ruf; wegen der vielen vom Gesetz unbeantworteten Fragen spricht man von einer „Misere"[3]. Die Sicherung durch Eigentumsvorbehalt ist eine alltägliche Situation und aus dem Rechtsleben gar nicht wegzudenken, dennoch ist seine dogmatische Einbettung von zahlreichen Ungereimtheiten gestört, sozusagen von den sprichwörtlichen Erbsen unter der Prinzessinnenmatratze. Um nur eine anzusprechen, genügt es, die Frage zu stellen, wie sich die publizitätslose Sicherung durch Eigentumsvorbehalt mit dem Faustpfandprinzip verträgt. Die beachtliche Menge an Fragezeichen scheint vornehmlich dem Umstand geschuldet, dass dieses Rechtsinstitut den Paradefall einer Querschnittsmaterie bildet: In einem Lebenssachverhalt sind viele, rechtssystematisch nicht zusammenhängende, aber grundlegende Rechtsprobleme miteinander verwoben. Einige – keineswegs alle – davon zu lösen, hat sich die vorliegende Ar-

1 *Oetker*, ZZP 14, 1 (1).
2 *Konecny*, FS Rechberger 301 (302).
3 *G. Graf* in Fischer-Czermak/Hopf/Schauer, ABGB im 3. Jahrtausend 1 (12).

beit zum Ziel gesetzt. Es war mein Bemühen, einen ganzheitlichen Ansatz zu entwickeln, der sämtliche Rechtsmaterien gleichermaßen einbezieht, die der Eigentumsvorbehalt berührt. Bildlich gesprochen ähnelte dies dem Versuch, eine größere Zahl von verschiedenen Linsen und Spiegeln – nämlich solche aus dem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts, aus dem Sachenrecht, aus dem Schuldrecht, aus dem Insolvenzrecht und nicht zuletzt aus dem Unternehmensrecht und Exekutionsrecht – gleichsam in einem Kaleidoskop zusammenzusetzen, um in der Folge solange daran zu schrauben und zu drehen, bis ein ansehnliches, stimmiges und scharfes Gesamtbild sichtbar wird.

Bei meiner Arbeit war ich vom Vorsatz geleitet, die Ausführungen von unnötigem Ballast freizuhalten und mich lediglich soweit in Details einzulassen, wie es die rechtswissenschaftliche Methodik verlangt. Dennoch führen die Überlegungen den Leser öfters an juristische Schauplätze, die – solange man sie isoliert anspricht – nicht unmittelbar erahnen lassen, wie sie mit dem (einseitig erklärten) Eigentumsvorbehalt zusammenhängen. Derartige „Ausflüge" zu unternehmen, war erforderlich, denn manch ein Eckpfeiler des herrschenden Verständnisses musste nicht nur statisch geprüft, sondern zudem nachjustiert oder gar ein Stück weit versetzt werden. Um sicherzugehen, dass die neu errichtete argumentative Konstruktion tragfähig ist, war es notwendig Kontrollüberlegungen anzustellen, die in etwas abseits gelegene Bereiche führten. Im Zuge meiner Arbeit konnte ich außerdem den Eindruck gewinnen, dass man auf verhältnismäßig wenig Literatur jüngeren Datums zurückgreifen kann, die sich mit sachenrechtlichen Grundlagen beschäftigt. Das machte es einerseits umso reizvoller, sich mit dem gewählten Thema näher zu befassen; andererseits war es aber angezeigt, in größerem, für eine Arbeit zum geltenden Recht vielleicht ungewohnten Umfang ältere Quellen „auszugraben" und auszuwerten.

Damit Vorhaben von einem solchen Umfang ihren Abschluss finden, braucht es wohlwollende Unterstützer, auf die man zählen kann. Ich hatte dieses große Glück. Meine beiden akademischen Lehrer *Helmut Koziol* und *Gert Iro* haben nicht nur das Entstehen meiner Habilitationsschrift begleitet und gefördert; sie haben mich schon unmittelbar ab dem Beginn meiner Tätigkeit an der Universität und im Forschungsbetrieb auf eine spannende und faszinierende Reise mitgenommen. Für all die Erfahrungen, Erlebnisse und das Wissen, dass ich auf diesem Weg sammeln konnte, bin ich aufrichtig dankbar. Treue Reisekameraden waren in jeder Situation meine Institutskollegen *Ernst Karner*, *Stefan Perner, Daniel Rubin, Martin Spitzer* und *Andreas Vonkilch*. Sie sorgten nicht nur für den nötigen Ansporn in unserer Reisegruppe, sondern auch stets für gute Laune. Wer verreist, lässt meist jemanden zuhause zurück. Meiner Familie bin ich zu ganz besonderem Dank verpflichtet; stets konnte ich auf ihr Verständnis und ihre Unterstützung bauen. Den drei wichtigsten Menschen aus diesem Kreis widme ich dieses Buch. Zu danken habe ich ferner *Josef Aicher*, *Peter Apathy* und *Tanja Domej*, deren

Habilitationsgutachten mir wertvolle Hinweise geliefert haben. *Paul Oberhammer* danke ich für die Aufnahme dieses Werks in die traditionsreiche, von ihm herausgegebene Juristische Schriftenreihe des Verlag Österreich sowie für den Ansporn während meines Habilitionsverfahrens. Dem FWF danke ich für einen großzügigen Druckkostenzuschuss und die unkomplizierte Abwicklung meiner Publikationsförderung (PUB 657-G); ferner hat der Linzer Hochschulfonds die Veröffentlichung unterstützt. Eine besondere Ehre war mir, dass der Verband der österreichischen Banken und Bankiers die vorliegende Arbeit mit dem renommierten Bankenverbandspreis ausgezeichnet hat. Beim Verlag Österreich war ich – wie stets – in den besten Händen, wofür *Barbara Raimann* und ihrem gesamten Team herzlich zu danken ist.

Wien/Klagenfurt am Wörthersee, März 2023 *Olaf Riss*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs	Absatz
AC	Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuch, hrsg von Adler und Clemens, fortgeführt von Friedländer (Österreich)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Deutschland)
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Amtsgericht (Deutschland)
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch 1863, öRGBl 1/1863
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten 1794
amtl	amtlich
AngG	Angestelltengesetz, BGBl 292/1921
Anh	Anhang
Anm	Anmerkung
AO	Ausgleichsordnung, BGBl II 221/1934
AÖSp	Allgemeine Österreichische Spediteurbedingungen
ArchBR	Archiv für Bürgerliches Recht (Deutschland)
ArchPreussR	Neues Archiv für Preussisches Recht und Verfahren, so wie für Deutsches Privatrecht (Deutschland)
arg	argumento
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AußStrG 2003	Außerstreitgesetz 2003, BGBl I 111/2003
AWG 2002	Abfallwirtschaftsgesetz 2002, BGBl I 102/2002
Bd	Band
Begr	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGBl	Bundesgesetzblatt (Österreich)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Deutschland)
BinnenSchiffG	Gesetz, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt

BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates (Österreich)
BR	(deutscher) Bundesrat
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks, BR-Drucks	Bundestags-Drucksache, Bundesrats-Drucksache
BTVG	Bauträgervertragsgesetz, BGBl I 1997/7
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
CIM 1999	Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern – COTIF (Anhang B zum Übereinkommen)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CMR	Internationale Vereinbarung über Beförderungsverträge auf Straßen (Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route)
CO	Concursordnung
d	deutsch(es)
D	Digesten
DaKRÄG	Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2010/28
dBGBl	(deutsches) Bundesgesetzblatt
DCFR	Draft Common Frame of Reference
dh	das heißt
Diss	Dissertation
DJT	deutscher Juristentag
dKO	(deutsche) Konkursordnung
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für deutsches Recht
EBG	Eisenbahnbeförderungsgesetz, BGBl 1988/180
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Österreich)
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Deutschland)
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994, dBGBl I S 2911
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf	Einführung
Einl	Einleitung
ErläutDtR	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Deutschland)
ErläutPreußR	Beiträge zur Erläuterung des Preußischen Rechts, des Handels- und Wechselrechts durch Theorie und Praxis
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund
et al	et alii, und andere
etc	et cetera
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Deutschland)
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der ÖJZ (Österreich)

EVHGB	Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich, RGBl 1938 I 1999
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f, ff	folgend, folgende
FAGG	Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz, BGBl I 3/2014
FN	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GA	Generalanwalt
GBG	Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955, BGBl 39/1955
GedS	Gedenkschrift, Gedächtnisschrift
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GewRÄG	Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz (Österreich); BGBl I 2001/48
GlU	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes (1853 – 1897), begründet von Glaser/Unger (Österreich)
GlUNF	Neue Folge der Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes (1898 –1915), fortgeführt von Pfaff/Schey ua (Österreich)
GP	Gesetzgebungsperiode
GRR	Gemeinsamer Referenzrahmen
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut (Österreich)
GZ	Gerichtszeitung
hA	herrschende Ansicht, herrschende Auffassung
HaRÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2005/120
HB	Handbuch
Herrenhausbericht	Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Nr 78 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses – XXI. Session 1912
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg, hrsg	Herausgeber, herausgegeben
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen, derzeit hrsg von Jabornegg/Karollus/Kaindl (Österreich)
idF	in der Fassung
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, BGBl 324/1977
IHR	Internationales Handelsrecht – Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und –vertriebs (Deutschland)
immolex	Zeitschrift für Wohn- und Immobilienrecht (Österreich)
InsO	Insolvenzordnung (Deutschland)
IO	Insolvenzordnung (Österreich)

IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Deutschland)
IPRG	IPR-Gesetz, BGBl 304/1978
IRÄG 1982	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1982, BGBl 1982/370
IRÄG 2010	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, BGBl I 2010/29
iSd	im Sinn des/der
iVm	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Deutschland)
JAB	Bericht des Justizausschusses
JBl	Juristische Blätter (Österreich)
JherJB	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Deutschland)
JR	Juristische Rundschau (Deutschland)
JURA	Juristische Ausbildung (Deutschland)
JuS	Juristische Schulung (Deutschland)
JW	Juristische Wochenschrift (Deutschland)
JZ	(deutsche) Juristenzeitung
Kfz	Kraftfahrzeug
KlGG	Kleingartengesetz, BGBl 6/1959
KO	Konkursordnung
Kom	Kommission
KrES	Konsumentenschutzrechtliche Entscheidungssammlung
krit	kritisch
KSchG	Konsumentenschutzgesetz (Österreich)
KTS	Konkurs, Treuhand, Sanierung – Zeitschrift für Insolvenzrecht (Deutschland)
KVJS	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
JRP	Journal für Rechtspolitik (Österreich)
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
Mat	(Gesetzes)Materialien
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
MRG	Mietrechtsgesetz, BGBl 1981/520
MÜ	Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr – Montrealer Übereinkommen
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NBG	Nationalbankgesetz 1984
nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Deutschland)
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Deutschland)

NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung. Das gesamte Verfahren der Unternehmens- und Verbraucherinsolvenz (Deutschland)
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv (Bank-Archiv – Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen)
OGH	Oberster Gerichtshof
OJ	Official Journal of the European Union
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht (Österreich; Deutschland)
OR	(Schweizerisches) Obligationenrecht 1911
österr	österreichisch(es)
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
pr	principium
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Deutschland)
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RegE	Regierungsentwurf
RG	(deutsches) Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes (http://ris.bka.gv.at)
RL	Richtlinie
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz	Randzahl
S	Seite
SArchBR	Sächsisches Archiv für Deutsches Bürgerliches Recht (Deutschland)
SeuffBl	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Deutschland)
Slg	Sammlung der Entscheidungen des EuGH
SPG	Sicherheitspolizeigesetz, BGBl 566/1991
StProtNR	Stenographische Protokolle des Nationalrats
str	strittig
SZ (ger Abt)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)
SZ (rom Abt)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen
ua	und andere; unter anderem
Übk	Übereinkommen
UCC	Uniform Commercial Code
UGB	Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch)
UN-K	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (UN-Kaufrecht)
V	Verordnung

v	von
verst Senat	verstärkter Senat
vgl	vergleiche
Vorb	Vorbemerkung(en)
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Österreich)
WEG 2002	Wohnungseigentumsgesetz 2002, BGBl I 2002/70
WGB	Westgalizisches Gesetzbuch
WKO	Wirtschaftskammer Österreich
WM	Wertpapier Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Deutschland)
wobl	Wohnrechtliche Blätter (Österreich)
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht (Österreich)
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis (Österreich)
ZCvRP	Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß (Deutschland)
ZfRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte (Deutschland)
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Deutschland)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Deutschland)
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (Deutschland)
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht (Österreich)
ZPO	Zivilprozeßordnung (Österreich)
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (Österreich)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Deutschland)

1. Kapitel

Grundlegung

https://doi.org/10.33196/9783704674425-101

§ 1 Problemaufriss

1. Der Eigentumsvorbehalt erfreut sich in der heutigen[4] **Vertragspraxis** größter Beliebtheit – und zwar sowohl in reinen Unternehmergeschäften als auch gegenüber Verbrauchern. Er gilt als zuverlässiges Kreditsicherungsinstrument, das zumeist den Interessen beider Vertragsteile gerecht wird[5]. Der Käufer genießt den Vorteil, ein Wirtschaftsgut anschaffen und nutzen zu können, selbst wenn er nicht über ausreichende Liquidität verfügt, um das Entgelt zu bezahlen, und selbst wenn er keine Möglichkeit hat, einen Finanzierer einzuschalten, weil es ihm an einer tauglichen Sicherheit fehlt. Da nach herrschender Auffassung beim Eigentumsvorbehalt das Faustpfandprinzip nicht eingreift[6], kann er das erworbene Wirtschaftsgut selbst als Sicherheit einsetzen, ohne darauf verzichten zu müssen, es in der Folge (im Unternehmen) einzusetzen, um damit Erträge zu erwirtschaften[7]. Dem Verkäufer wiederum eröffnet der Eigentumsvorbehalt die Möglichkeit, Ware auch dann gefahrlos auf Kredit zu verkaufen, wenn der Erwerber (noch) nicht über ausreichende Mittel zu deren Anschaf-

4 Zwar kannte das römische Recht noch keine Konstruktion, die den Eigentumserwerb des Käufers an die Zahlung des Kaufpreises koppelte, doch hatten schon die antiken Juristen vergleichbare Vertragsgestaltungen entwickelt, um dasselbe Ergebnis zu erzielen; aufschlussreich *Scheibelreiter*, JAP 2022/2023, 3 ff (8 ff mit weiteren Hinweisen).

5 Siehe etwa nur *Wolff/Raiser*, Sachenrecht[10] 732 f; *Baier*, ÖJZ 1973, 200 (204); *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 451; *H. P. Westermann* in MünchKomm-BGB[8] § 449 Rz 3; *Marotzke*, JZ 1995, 803 (804); *Schulz*, Eigentumsvorbehalt 4 mit weiteren Hinweisen. Punktuell offenbar kritisch aber *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 10: „Rechtsform, die dem Gläubiger mehr Rechte einräumt, als er benötigt, nämlich Eigentum statt Pfandrecht".

6 Im Gegensatz zu anderen Mobiliarsicherheiten stellt das *Faustpfandprinzip* (§ 451 ABGB) hier keine Hürde für die insolvenzfeste Sicherung auf (statt aller *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 461 ff; *derselbe*, FS Kaneti 11 (17); siehe etwa auch schon *Leist*, Sicherung von Forderungen 63 ff [insbesondere 69]; de lege ferenda kritisch *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 [562]). Dazu eingehend unten 3. Kapitel § 4 C.IV; S 293 ff mit weiteren Nachweisen (insbesondere S 294 FN 1190) zu den Rechtfertigungsversuchen und mit eigenem Lösungsansatz.

7 Daneben bietet ein Sicherungsrecht ohne Erfordernis der Gewahrsamsübertragung generell noch weitere Vorteile, etwa dass beim Sicherungsnehmer keine Kosten für Verwahrung und Wartung des Sicherungsgutes anfallen; siehe etwa nur *Mayrhofer*, ÖJZ 1969, 197 (197); *derselbe*, Kreditsicherung durch Fahrnis 6.

fung verfügt; so kann er seinen Absatz ankurbeln, muss aber keine besonderen Risken auf sich nehmen. Warenkredite auf diese Weise besichern zu können, bringt ferner **gesamtwirtschaftlich** betrachtet wünschenswerte Effekte mit sich: Ist es möglich, Umsatzgeschäfte auf Kredit gefahrlos abzuwickeln, fördert dies die Wirtschaftsleistung und damit den Wohlstand einer Volkswirtschaft[8].

Angesichts der evidenten Vorteile nimmt es kaum Wunder, dass sich dieser „an sich geniale Gedanke[9]", die kreditierte Kaufpreisforderung mit dem Wert der Kaufsache zu sichern, im Wirtschaftsleben rasant verbreitet hat; Vorbehaltsklauseln sind heutzutage nahezu flächendeckend in allgemeinen Geschäftsbedingungen von Warenlieferanten zu finden[10]. Dennoch treten bisweilen Schwierigkeiten auf: Zwar beabsichtigt der Verkäufer durchwegs, einen Eigentumsvorbehalt im Kaufvertrag zu vereinbaren, jedoch scheitert dies nicht selten an den Hürden der Rechtsgeschäftslehre, etwa wenn es dem Verkäufer nicht gelingt, seine allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam in den Vertrag einzubeziehen[11], oder wenn der Käufer mit „Abwehrklauseln"[12] in den eigenen allgemeinen Geschäftsbedingungen die vom Verkäufer gewünschte Sicherung des kreditierten Kaufpreises verhindert[13]. Fehlt es dem Kaufvertrag an einer wirksamen Vorbehaltsabrede, versucht der kreditierende Verkäufer in der Rechtspraxis mitunter, diesen Mangel nachträglich, das heißt im bereits perfekt gewordenen Vertrag zu sanieren: Dazu erklärt er bei Übergabe (typischerweise

8 Siehe etwa den Befund bei *von Bar/Clive*, DCFR IX.–1:103 comments A (S 5396); aus diesem Grund knüpft der DCFR an die Qualifikation als sogenannte *acquisition finance device*, zu der auch der Eigentumsvorbehalt (*retention of ownership device*) zu zählen ist (IX.–1:201 DCFR), bestimmte Privilegien (IX.–4:102 DCFR: *Superpriority*). Siehe auch schon *Löwenstein*, Abzahlungsgeschäfte 8 und 20.

9 *Mayrhofer*, ÖJZ 1969, 197 (197).

10 Siehe etwa bereits als plastisches Beispiel die Empfehlung eines sogenannten „Eigentumsscheins" im 1891 erschienen Werk von *Löwenstein*, Abzahlungsgeschäfte 11 und 22.

11 Zu den Erfordernissen wirksamer Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen vgl allgemein etwa nur *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB, ABGB[7] § 864a Rz 2. Der Eigentumsvorbehalt ist grundsätzlich keine Klausel ungewöhnlichen Inhalts im Sinne von § 864a ABGB (*Spitzer/Told* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1063 Rz 32; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1063 Rz 36).

12 Zu diesem Problemkreis speziell im Zusammenhang mit Vorbehaltsklauseln jüngst eingehend *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt 24 ff, sowie OGH 6 Ob 306/02x in JBl 2003, 856. De lege ferenda kritisch *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1388). Überzeugend weist *Holzner*, JBl 2010, 674 (677), in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers vorgesehene Vorbehalt zwar wegen gegenteiliger allgemeiner Geschäftsbedingungen des Käufers nicht als vereinbart anzusehen ist, er aber jedenfalls als gültige einseitige Erklärung wirke. Denn die Wirksamkeit des einseitig erklärten Vorbehalts außerhalb von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bedeute, dass ihm gegenteilige Erklärungen des Vertragspartners (Käufers) nichts anhaben könnten, was auch für gegenteilige Erklärungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten müsse.

13 Siehe dazu nur *Riedler* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht XI Rz 3/7 mit weiteren Hinweisen.

durch Vermerk auf Lieferschein[14] oder Faktura[15]), das Eigentum an der übergebenen Sache solle – entgegen der gesetzlichen Regel (§ 1063 ABGB) – nicht vor vollständiger Bezahlung des Kaufpreises auf den Käufer übergehen. Unproblematisch sind dabei die – in der Rechtswirklichkeit seltenen – Fälle, in denen der Käufer dieses Angebot des Verkäufers zur Änderung des Kaufvertrages annimmt. Kommt es jedoch – wie meistens – zu keiner (nachträglichen) Vertragsänderung, spricht man vom *einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt*[16].

2. Damit erhebt sich die Frage, welche Konsequenzen ein solcherart einseitig erklärter Vorbehalt für die dingliche Rechtslage nach sich zieht, wie er also auf die Übertragung des Eigentums wirkt, die nach der Abrede im Kaufvertrag geplant ist. Geläufig ist dafür das Schlagwort der **sachenrechtlichen Wirksamkeit** des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts[17]. Ihr kommt entscheidende Bedeutung zu, wenn der Käufer die Kaufpreisforderung nicht befriedigt. Denn von der sachenrechtlichen Wirksamkeit hängt ab[18], ob der Verkäufer die Sache exszindieren (§ 37 EO)[19] und in der Insolvenz des Käufers aussondern kann (§ 44 IO)[20]. Allein die sachenrechtliche Wirksamkeit der einseitigen Vorbe-

---

14 Etwa OGH 5 Ob 17/97a in ecolex 1997, 424 mit Anmerkung *Wilhelm*.

15 Etwa OGH 5 Ob 505/59 in HS 253/46.

16 Siehe nur *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 8/3; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[15] I Rz 1314; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1063 Rz 39; *Apathy/Perner* in KBB, ABGB[7] § 1063 Rz 3; *Spitzer/Told* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1063 Rz 31; *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 42. Bisweilen wird auch vom „nachträglichen Eigentumsvorbehalt" gesprochen (*Serick*, Eigentumsvorbehalt I 88; *Beckmann* in Staudinger, BGB [2013] § 449 Rz 4), was Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber jener Konstellation hervorrufen kann, in der der Eigentumsvorbehalt einvernehmlich nach Übergabe der Sache begründet werden soll.

17 Vgl etwa *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 372; *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 6/40 und Rz 8/3; *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt 35 mit weiteren Hinweisen; OGH 5 Ob 18/97a; RIS-Justiz RS0011131.

18 Diesen Vorteil der dinglichen Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers rückt etwa *Serick*, Eigentumsvorbehalt I 76 f, in den Vordergrund.

19 Siehe nur *Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO[3] § 37 Rz 16; *Schulyok* in Konecny, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 27; *Riedler* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 3/27. Die früher (vereinzelt) vertretene Auffassung, der Verkäufers könne sich nur in der Insolvenz des Käufers auf den Eigentumsvorbehalt berufen, ist heute nicht mehr anzutreffen (siehe *Leist*, Sicherung von Forderungen 52 ff mit weiteren Hinweisen).

20 Dazu umfassend zur Rechtslage nach dem IRÄG 2010 *Riedler* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 3/29, sowie *derselbe*, ÖJZ 2011, 904 (907 ff). Siehe ferner *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 25; *Buchegger*, Insolvenzrecht[3] 51; *Serick*, Eigentumsvorbehalt I 75 ff, 136 ff, 345. Im Zuge der Beratungen zur deutschen Insolvenzreform stand allerdings in Diskussion, ob der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz – so wie das Sicherungseigentum (vgl § 10 Abs 3 IO) – lediglich als Absonderungsrecht wirken soll (so auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 11.10 und Rz 18.34); letztlich entschied sich der deutsche Gesetzgeber, an der Behandlung als Aussonderungsrecht festzuhalten. Für diese Lösung spricht vor allem, dass der

haltserklärung verschafft dem Verkäufer aber keineswegs endgültig eine insolvenzfeste Position: Mag der Vorbehalt auch sachenrechtlich wirksam sein, so hat sich der Verkäufer vertraglich doch zur Vorleistung verpflichtet, indem er einen Kreditkauf ohne Vorbehaltsabrede geschlossen hat. Wird der Käufer insolvent, ist damit die – zweite – grundsätzliche Frage aufgeworfen, wie eine solche **Vorleistungs-/Kreditierungspflicht in der Insolvenz** wirkt: Kann das freiwillige Abgehen vom Zug-um-Zug-Austausch dazu führen, dass der Verkäufer/Vertragspartner trotz Insolvenz des Käufers an die Masse vorleisten muss, während ihm selbst nur eine Insolvenzforderung verbleibt? Oder aber ist der (einseitig zustande gekommene) Vorbehaltskauf als ein beidseitig unerfüllter Vertrag im Sinne von § 21 IO anzusehen? In diesem Fall könnte der vorleistungspflichtige Verkäufer nur dann auf Erfüllung (= Übereignung) in Anspruch genommen werden, wenn der Insolvenzverwalter den Vertragseintritt erklärt und den Verkäufer daher hinsichtlich der noch offenen Kaufpreisforderung als Massegläubiger (§ 46 Z 4 IO) behandelt. Bei dieser Sichtweise hätte der Verkäufer sozusagen allein auf Grund seiner *faktischen Leistungsverweigerung* die Stellung als Massegläubiger und sohin eine insolvenzfeste Position „erschlichen“. In Betracht zu ziehen ist somit – *drittens* – dass es sich beim einseitig erklärten Vorbehalt um eine **anfechtbare Rechtshandlung** (§§ 27 ff IO) handelt. Auch hierin könnte ein Stolperstein für den Verkäufer liegen, wenn er es verabsäumt hat, im Verpflichtungsgeschäft wirksam für eine Sicherheit durch Eigentumsvorbehalt zu sorgen.

3. Den folgenden Überlegungen liegt der Versuch zugrunde, die Rechtsprobleme rund um den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt auf diesen drei Ebenen zu beleuchten. Die dabei zu lösenden Detailfragen sind vielschichtig. Das zwingt dazu, sich auf die spezifisch **sachen- und insolvenzrechtlichen Aspekte zu beschränken**; so manches Rechtsproblem, das der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt regelmäßig aufwirft, lässt diese Arbeit deshalb beiseite. Reizvoll, aber dennoch unbehandelt ist etwa die rechtsgeschäftliche Seite der Vorbehaltserklärung des Verkäufers, insbesondere jene Probleme, die auftauchen, sobald man die Frage der wirksamen Stellvertretung und der Botenschaft bei Ablieferung der Ware prüft. Ebenso wenig geht diese Untersuchung den Besonderheiten nach, die der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt im Streckengeschäft aufwirft.

Vorbehaltsverkäufer anders als andere Sicherungsnehmer nicht in der Lage ist, eine insolvenzrechtliche Belastung im Wege der Bemessung der (höheren) Sicherheit abzufangen, weil beim Eigentumsvorbehalt zu sichernde Forderung und Sicherheit durch Kaufpreis und Kaufsache vorgegeben sind (dazu näher *Wilhelm*, Sachenrecht[7] Rz 2441 FN 3702 mit weiteren Hinweisen).

§ 2 Gang der Untersuchung

1. Die drei eben skizzierten Fragestellungen geben vor, wie die vorliegende Arbeit aufgebaut und gegliedert ist: Der **erste Hauptteil** (2. Kapitel; S 11 ff) untersucht, ob die einseitige Vorbehaltserklärung überhaupt **sachenrechtliche Wirkungen** entfalten kann oder ob der Verkäufer mangels wirksamer Vorbehaltsabrede im Titelgeschäft dazu verdammt ist, mit Vollzug der körperlichen Übergabe auch das Eigentum zu übertragen. Nach Analyse des Meinungsstands zur sachenrechtlichen Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts im österreichischen und deutschen Privatrecht (2. Kapitel § 1; S 11 ff) folgt eine knappe Befundaufnahme zum Status quo der Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung (2. Kapitel § 2; S 25 ff). Die dabei zutage tretenden Unterschiede erlauben es, den eigentlichen Problemkern zu identifizieren (2. Kapitel § 3 A; S 59 ff) und eine dogmatische Lösung zu entwickeln, die sowohl mit den tangierten Regelungsprinzipien des Schuld- und des Sachenrechts harmoniert als auch den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs entspricht (2. Kapitel § 3 B.III; S 80 ff).

2. Der **zweite Hauptteil** (3. Kapitel; S 127 ff) widmet sich der Frage, wie ein **vorleistungspflichtiger Verkäufer in der Käuferinsolvenz** zu behandeln ist. Zentral ist dabei, ob und in welcher Form eine privatautonom begründete Vorleistungspflicht für die Stellung eines Gläubigers (= des Verkäufers) in der Insolvenz seines Gegenübers (= des Käufers) bedeutsam ist. Die Antwort entscheidet darüber, wie § 21 IO und § 46 Z 4 IO auszulegen sind. Ausgangspunkt der Analyse ist wiederum der Meinungsstand samt rechtsvergleichendem Blick nach Deutschland (3. Kapitel § 2; S 145 ff). Wer danach fragt, wie der Vorleistungspflichtige in der Insolvenz seines Gegenübers zu behandeln ist, sticht – so das Ergebnis der Befundaufnahme – in ein dogmatisches Wespennest. Um dieser Konstellation auf den Grund zu gehen, wird es erforderlich sein, grundlegende Überlegungen dazu anzustellen, welche insolvenzrechtlichen und allgemein privatrechtlichen Regelungsprinzipien hier aufeinandertreffen. Der folgende Teil beginnt daher damit, die zahlreichen, von diesem konkreten Rechtsproblem tangierten Regelungsprinzipien zu identifizieren und zu inventarisieren (3. Kapitel § 3 C; S 160 ff). Sodann ist nach Wertungen im positiven Recht zu suchen, die Auskunft darüber geben, in welchem Verhältnis die als relevant erkannten und häufig konfligierenden Prinzipien zueinander stehen

(3. Kapitel § 4; S 203 ff); konkret tangiert sind die Vertragstreue, die Maxime der bestmöglichen Masseverwertung, der Synallagmaschutz und der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Erst sobald Klarheit darüber besteht, welche Rangordnung das positive Recht vorgibt, um die hier auftretenden Prinzipienkonflikte aufzulösen, kann der Rechtsanwender den Wegweiser lesen, den er braucht, um bei der Auslegung der einschlägigen insolvenzrechtlichen Normen ans Ziel zu kommen (§ 21, § 46 Z 4 IO). Diese Überlegungen werden – gleichsam als nützliches „Abfallprodukt" – auch einige Erkenntnisse zutage fördern, die mit der hier interessierenden Situation des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts nicht unmittelbar in Verbindung stehen; vor allem so manche grundlegende, bis heute nicht restlos aufbereitete Frage zur teleologischen Stoßrichtung des Faustpfandprinzips (insbesondere 3. Kapitel § 4 C.III; S 258 ff).

3. Der **dritte Hauptteil** geht schließlich der Möglichkeit nach, die im einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt liegende Rechtshandlung des Verkäufers nach den Regeln über die **Insolvenzanfechtung** (§§ 27 ff IO) zu bekämpfen (4. Kapitel; S 395 ff).

2. Kapitel

Sachenrechtliche Wirksamkeit

https://doi.org/10.33196/9783704674425-102

§ 1 Meinungsstand

A. Österreich

I. Überwiegende Auffassung: sachenrechtliche Unwirksamkeit

1. Schrifttum

1. Das österreichische Schrifttum vertritt heute überwiegend[21], der vom Verkäufer einseitig – das heißt nach Vertragsperfektion, zumeist bei Übergabe – erklärte Eigentumsvorbehalt könne nicht verhindern, dass der Verkäufer das Eigentum entsprechend der gesetzlichen Regel (§ 1063 ABGB) auf den Käufer überträgt, sobald Verkäufer und Käufer die Übergabe vollziehen. Diese Position hat die österreichische Lehre[22] vereinzelt bereits seit Mitte des 20. Jahrhunderts formuliert; erst später hat *Spielbüchler* dafür ein tragfähiges dogmatisches Fundament nachgeliefert[23]: In der **Übergabe** der veräußerten Sache sei ein **bloßer Realakt** zu erblicken[24]; das **Grundgeschäft** enthalte nicht bloß das Verpflichtungs-, sondern zugleich das **Verfügungsgeschäft**[25]. Die Verfügung selbst sei ein zweigliedriger Tatbestand, dessen beide Teile auseinanderfallen könnten. Der rechtsgeschäftliche Teil der Verfügung liege im Grundgeschäft

---

21 *Hoyer*, wbl 1995, 181 (182), bezeichnete die insbesondere von *Frotz* vertretene (unten noch darzustellende; S 15 bei und in FN 53) Gegenposition im Jahr 1995 allerdings als die „(noch) herrschende Ansicht".

22 *Klang* in Klang, ABGB² II 308 f; *derselbe*, Hebung der Kreditfähigkeit 360 ff (nicht veröffentlicht; zitiert nach *Hoyer*, wobl 1995, 181 FN 4). Vgl auch *Ehrenzweig*, System² I/2, 191: „Die Übergabe schließt sich als Vollzugshandlung dem Grundgeschäft an, sie ist kein selbständiger dinglicher Vertrag."

23 In diesem Sinne auch *Spielbüchler* selbst (JBl 1971, 589 [595]).

24 *Spielbüchler*, JBl 1971, 589 (592 ff); *derselbe*, Schuldverhältnis 110 f; *derselbe* in Rummel, ABGB³ § 425 Rz 2; vgl ferner *denselben*, aaO §§ 357–360 Rz 5, sowie jüngst *denselben*, FS 200 Jahre ABGB 1433 (1435 ff). Ihm folgend *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 425 Rz 2 und *Schickmair* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 859 Rz 78.

25 In diesem Sinne (zur Rechtslage nach dem – zu diesem Zeitpunkt eben erst in Kraft getretenen – BGB) wohl auch schon *Wolff*, ErläutDtR 47, 26 (33 und 45). Dagegen *Wilutzky*, ArchBR 28, 53 (68), der dies nur für den Fall des Realvertrages gelten lassen will.

miteingeschlossen[26], den tatsächlichen Teil bilde die Übergabe. Der Realakt der Übergabe schließe bloß einen Vorgang ab, dessen rechtsgeschäftliches Element zusammen mit der Verpflichtung schon im Grundgeschäft stecke. Da es nicht mehr erforderlich sei, bei Übergabe einen dinglichen Vertrag zu schließen, könne der Verkäufer durch einen einseitig erklärten Vorbehalt nicht verhindern, dass das Eigentum bei der Übergabe auf den Käufer übergeht[27].

2. *Spielbüchlers* Kernthese hat sich wenig später *F. Bydlinski*[28] angeschlossen[29]. Er führt vor allem ins Treffen, die (seinerzeit) herrschende Lehre leide an einem inneren Widerspruch und sei unhaltbar: Einerseits nehme sie zwar an, bei Übergabe komme eine dingliche Einigung zustande, andererseits vertrete sie aber gleichzeitig, der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt sei sachenrechtlich unwirksam. Der Eintritt sachenrechtlicher Rechtsfolgen – nämlich der Eigentumsübergang – hänge in vollem Umfang vom Parteiwillen ab; für die Eigentumsübertragung müssten daher die Regeln der Privatautonomie und deren Instrument, das Rechtsgeschäft, gelten. Die Übergabe sei zwar an sich ein Realakt, der aber, um das Eigentum zu übertragen, auf einer Einigung über den Eigentumsübergang beruhen müsse; diesen könne man als „**dingliche Einigung**" bezeichnen[30]. Sie werde jedoch in aller Regel nicht erst bei Übergabe oder sonst selbständig außerhalb des Kaufvertrages geschlossen, sondern sei unselbständig, sozusagen der sachenrechtliche Teil der kaufvertraglichen Einigung. Von dieser Einigung könne kein Teil einseitig Abstand nehmen, was sich zwanglos aus der **bindenden Kraft** gültig geschlossener Rechtsgeschäfte erkläre. Versucht der Verkäufer beim gewöhnlichen Kreditkauf ohne Eigentumsvorbehalt, durch einseitige Erklärung bei Übergabe das Eigentum zurückzuhalten, sei dies daher ein untauglicher Versuch, die bereits bindend vorliegende dingliche Einigung einseitig zu widerrufen.

26 Allerdings stehe es den Parteien frei, anderes zu vereinbaren (*Spielbüchler*, JBl 1971, 589 [594]).

27 JBl 1971, 589 (595); *derselbe*, Schuldverhältnis 112 f; *derselbe*, FS 200 Jahre ABGB 1433 (1434). Anders allerdings noch *derselbe*, JBl 1968, 589 (597).

28 FS Larenz 1027 (insbesondere 1033 f); *derselbe* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 370 ff (insbesondere 375 FN 51) und 476 f.

29 Zu den hier nicht weiter interessierenden Differenzen im Begründungsansatz und in den Lösungen, die zwischen *Spielbüchler* und *F. Bydlinski* bestehen, *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 67 f, und *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt 62 f.

30 Zur geschichtlichen Entwicklung dieser Rechtsfigur eingehend unten; S 64 ff.

3. *Aicher*[31], *Aigner*[32], *Apathy/Perner*[33], *Spitzer/Told*[34], *Duursma-Kepplinger*[35], *Eccher*[36], *Hoyer*[37], *Kramer/Martini*[38], *Schulyok*[39], *Verschraegen*[40], *Wilhelm*[41] und *Willvonseder*[42] sind dieser Auffassung beigetreten; sie verneinen die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts und begründen dies ebenfalls damit, dass der Verkäufer die bereits im Grundgeschäft liegende dingliche Einigung nicht einseitig widerrufen könne[43].

4. In jüngerer Zeit wird verschiedentlich betont, das **ABGB kenne keinen dinglichen Vertrag**: Nach *Spielbüchler*[44] ist nur das (zur Wirksamkeit der Übereignung) erforderliche Grundgeschäft rechtsgeschäftlicher Natur; die Übergabe hingegen sei ein besitzrechtliches und rein tatsächliches Geschehen, wenngleich neben dem körperlichen Naheverhältnis zudem ein Willenselement enthalten sei. Auch *Meinhart*[45] vertritt, es gebe nur ein allgemeines – im Grundgeschäft enthaltenes – Vollzugsmoment, das dem konkreten Typus des Verpflichtungsgeschäfts entspringe und sich daher von diesem nicht loslösen lasse. Eigentum könne man allein durch die rechtliche Erwerbungsart (§ 425 ABGB) übertragen. Das Grundgeschäft sei aber immerhin insofern bedeutsam, als sich die Vollzugswirkung des Realaktes nur aus seinem Abschluss ergeben könne; erst durch den Titel werde die bloße Übergabe zur rechtlichen Erwerbungsart. Mit der Vorbehaltsabrede vereinbarten die Parteien – in Durchbrechung des Traditionsprinzips – eine besondere Erwerbsart, nämlich den Erwerb durch Kaufpreiszahlung[46]. Wendet man *Meinharts* These konsequent an, folgt daraus wohl, dass die einseitige Vorbehaltserklärung sachenrechtlich *un*wirksam ist, zumal der Verkäufer die Vereinbarung der rechtlichen Erwerbungsart im Grundgeschäft nicht einseitig abändern kann.

---

31 In Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1063 Rz 39.
32 Eigentumsvorbehalt 41 ff und 110.
33 In KBB, ABGB[7] § 1063 Rz 3.
34 In Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1063 Rz 31.
35 Eigentumsvorbehalt 2 bei FN 11.
36 In KBB, ABGB[3] § 425 Rz 1; nunmehr aber wie hier (dazu eingehend unten 2. Kapitel § 3 B.III; S 80 ff) *Riss* in KBB, ABGB[7] § 425 Rz 1.
37 Wbl 1995, 181 (182 ff).
38 In Straube/Ratka/Rauter, UGB[4] Vor §§ 373–381Rz 88.
39 In Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 42.
40 In Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.08] § 1063 Rz 13.
41 Ecolex 1997, 424 (424).
42 RdW 1986, 69 (74).
43 Dem Übereignungsmodell von *Spielbüchler* und *F. Bydlinski* zustimmend *Holzner*, JBl 2010, 674 (676), der allerdings dennoch den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt als wirksam beurteilt (aaO 676): Setze der Verkäufer explizit einen Vorbehalt, sei dies ein Minus gegenüber dem Zurückbehalten der Sache und verhindere den Eigentumsübergang.
44 FS 200 Jahre ABGB 1433 (1435). Siehe auch unten S 16 f.
45 Übertragung des Eigentums 68.
46 *Meinhart*, Übertragung des Eigentums 87 ff und 106 f.

2. Rechtsprechung

1. Die heute herrschende Judikaturlinie geht – soweit ersichtlich – auf eine Entscheidung[47] aus dem Jahr **1986** zurück. Der dritte Senat schloss sich dabei den – zuvor zitierten (S 11 ff) – Kommentarausführungen von *Spielbüchler* und *F. Bydlinski* an: Die Übergabe sei nur ein Realakt, der aber um das Eigentum zu übertragen, auf einer Einigung über den Eigentumsübergang beruhen müsse, die man als **dingliche Einigung** bezeichnen könne; sie werde „in aller Regel" nicht erst bei Übergabe oder sonst selbständig außerhalb des Kaufvertrages geschlossen, sondern sei unselbständig, sozusagen der sachenrechtliche Teil der kaufvertraglichen Einigung. Dieses Judikat stieß durchaus auf Kritik im Schrifttum: Der OGH habe die bisher keineswegs einhellige Vorjudikatur[48] und kontroverse Stellungnahmen im Schrifttum unerwähnt gelassen[49].

2. In der nächsten einschlägigen Entscheidung[50] aus dem Jahr 1997 räumte der OGH ausdrücklich ein, sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum bestünden Meinungsdifferenzen dazu, ob ein eigenständiger dinglicher Vertrag existiere; einer abschließenden Stellungnahme bedürfe es aber nicht, denn hier sei daran festzuhalten, dass der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt sachenrechtlich unwirksam sei: Ohne Vorbehaltsabrede gehe das Eigentum am Kaufobjekt mit dessen Übergabe „gleich", also vor Bezahlung des Kaufpreises über, weil die Kaufvereinbarung selbst bereits die dingliche Einigung enthalte, wonach die Übergabe die Übereignung herbeiführe. Zumindest in jenen Fällen, in denen der Verkäufer die Vorleistungspflicht übernommen habe, sei der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt daher nicht nur obligationswidrig, sondern auch **sachenrechtlich wirkungslos**.

3. Diesen Rechtssatz, der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt könne dem Traditionsakt die Übereignungswirkung nicht mehr nehmen, wiederholte das Höchstgericht in zwei weiteren Entscheidungen[51]; die darin zum Ausdruck kommende, an das Konzept der dinglichen Einigung von *Spielbüchler* und *F. Bydlinski* anknüpfende Auffassung ist damit mittlerweile als gefestigte Judikatur zu bezeichnen. Bislang bestand für den OGH kein Anlass, zu den im Jahr 1997[52] von ihm diagnostizierten, jedoch „nicht abschließend" gewürdigten Meinungsdifferenzen in der Lehre Stellung zu nehmen.

47 OGH 3 Ob 43/86 in ÖBA 1987, 51 mit Anmerkung *Iro*.

48 Vgl OGH 5 Ob 505/59 in HS I/46; 5 Ob 135/70 in HS 7345; 1 Ob 106/73; 7 Ob 632/83 in JBl 1984, 671 = HS 14.805 = RdW 1984, 310. Siehe dazu auch die ausführliche Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung bei *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt 68 ff.

49 In diesem Sinne kritisch *Iro*, ÖBA 1987, 52 f mit weiteren Hinweisen.

50 OGH 5 Ob 18/97a in NZ 1998, 136 = ecolex 1997, 424 mit zustimmender Anmerkung *Wilhelm* = HS 28.422; siehe auch RIS-Justiz RS0011131.

51 OGH 6 Ob 306/02x in JBl 2003, 856; 3 Ob 66/03g in RdW 2004, 466/411.

52 Oben bei und in FN 50.

II. Gegenansicht und differenzierende Lösungen

1. Der auf Arbeiten von *Spielbüchler* und *F. Bydlinski* zurückgehende und von der Rechtsprechung übernommene Standpunkt ist in Österreich – wie bereits angedeutet – keineswegs unumstritten. So geht *Frotz*[53] davon aus, es liege **keine unbedingte Übereignungserklärung** des Verkäufers vor, wenn der Käufer dem auf der Faktura vom Verkäufer erklärten Eigentumsvorbehalt nicht zustimme; zu einer rechtswirksamen Übereignung komme es demnach nicht und die verkaufte Sache bleibe trotz Gewahrsamsübergangs Eigentum des Verkäufers. Allerdings sei einzuräumen, dass der Verkäufer dadurch seine Vertragspflicht zur unbedingten Übereignung verletze und daher *schadenersatzpflichtig* werden könne.

2. Auch *Welser*[54] zeigt sich von *Spielbüchlers* Ansicht nicht überzeugt. Vor allem stellt er infrage, dass man für die tatsächliche Ausführung des Modus auf **rechtsgeschäftliche Elemente** wirklich ganz verzichten könne, wenn doch das Gesetz (§ 380, § 425 ABGB) „eine rechtliche Übergabe und Übernahme“ fordere.

3. *Hoyer*[55] scheint sich hingegen der Position von *Spielbüchler* und *F. Bydlinski* im Grundsatz anzuschließen, streicht aber heraus, dass in einem Ausnahmefall das Gesetz selbst den an sich vorleistungspflichtigen Verkäufer zum nachträglich einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt legitimiere: Gehe dem Käufer die einseitige und begründete **Unsicherheitseinrede** (§ 1052 Satz 2 ABGB) des Verkäufers zu, werde die Übergabepflicht durch Sicherstellung oder Bewirken der Gegenleistung (Kaufpreis) bedingt. Natürlich stehe es dem Verkäufer frei, die geschuldete Sache auch ohne Sicherstellung dem Kreditkäufer zu übergeben; erkläre der Verkäufer aber spätestens bei Übergabe, sich in Ausübung der Unsicherheitseinrede das Eigentum an der Sache vorzubehalten, gehe das Eigentum nicht über. Denn die Unsicherheitseinrede des Verkäufers wirke rechtsgestaltend und lasse seine unbedingte Vorleistungspflicht entfallen[56].

4. Für *Bollenberger*[57] besteht Einigkeit darüber, dass Verfügungsgeschäft und Verpflichtungsgeschäft zu unterscheiden seien. Er stellt fest, keiner der Autoren verlange, dass das Verfügungsgeschäft in einem bestimmten Zeitpunkt geschlossen werden müsse, damit Eigentum übergehe. Der Theorienstreit betreffe daher nicht die gesetzlichen Erfordernisse für den derivativen Eigentumserwerb, sondern lediglich die Frage, zu welchem **Zeitpunkt** die Parteien den allgemein für notwendig erachteten **dinglichen Vertrag** in der Regel

53 Kreditsicherungsrecht 136.
54 JBl 1975, 219 (220).
55 Wbl 1995, 181 (183 f).
56 So schon *Jacusiel*, Eigentumsvorbehalt 14. Zustimmend *Astner*, Inkongruente Deckung 212. Siehe auch *Spielbüchler*, FS 200 Jahre ABGB 1433 (1434).
57 Zahlungsunfähigkeit 67 ff.

tatsächlich schließen. Insbesondere aus den zwei folgenden Überlegungen plädiert *Bollenberger* dafür, den Zeitpunkt der dinglichen Einigung im Regelfall bei Übergabe anzusetzen: Zum einen müsse sich nach dem sachenrechtlichen **Spezialitätsgrundsatz** jede dingliche Verfügung auf eine konkrete Sache beziehen; das sei allerdings beim Gattungskauf und etwa beim Werkvertrag im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts noch nicht möglich. Zum anderen dürfe man dem Erwerber nicht zusinnen, dass er sich bereits bei Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts damit einverstanden erkläre, Eigentum an einer erst später an ihn zu leistenden, möglicherweise mit Fehlern behafteten Sache zu erwerben.

5. *Bollenbergers* Auffassung teilt auch *Iro*[58], der zudem ins Treffen führt, dass die Übergabe in einem **zweiseitigen Besitzerwerb**[59] liege und deshalb der Traditionswille des Veräußerers erforderlich sei[60]; daran fehle es aber, wenn sich dieser weigere, sein Eigentum und damit auch seinen Besitz aufzugeben.

6. Ebenso melden *Welser/Kletečka*[61] Zweifel gegenüber der Annahme eines bloßen Realakts an: An die Übergabe sei die einschneidende Rechtsfolge des Rechtsübergangs geknüpft. Und ein zielgerichtetes willentliches Verhalten, das nur dann Rechtsfolgen auslöst, wenn es von Verfügungsbefugnis begleitet ist, sei eben Rechtsgeschäft oder zumindest geschäftsähnliche Handlung. Problematisch erscheine an der These vom Realakt vor allem, dass der Käufer den Eigentumsübergang nicht verhindern könne, sich also das **Eigentum aufzwingen lassen** müsse, wenn er die Ware zur näheren Untersuchung in Empfang nehme, aber gleichzeitig erkläre, noch nicht Eigentümer werden zu wollen.

7. Mit *Spielbüchlers*[62] Lehre, in der Übergabe liege nur ein Realakt und die dingliche Einigung sei bereits im Grundgeschäft enthalten, hat sich zuletzt *Schoditsch*[63] eingehend auseinandergesetzt. Er würdigt *Spielbüchlers* Thesen

58 Sachenrecht[5] Rz 6/40; siehe nunmehr auch *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 6/40 und *Klausberger* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB[3] §§ 881–882 Rz 24 FN 118. Mit einer vermittelnden „Krücken-Konstruktion“ *Leupold* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB[3] § 358 Rz 71 ff.

59 Siehe die Nachweise zur herrschenden Auffassung unten S 86 FN 390.

60 Eine ähnliche Überlegung findet sich bereits bei *Stöver*, ArchBR 26, 149 (169): Er geht der Frage nach, ob die vom BGB verlangte Einigung im Sinne des § 929 BGB ein Vertrag sei, und betont, dass die für den Eigentumserwerb jedenfalls erforderliche Besitzübertragung (vgl die Nachweise unten S 70 FN 390) unzweifelhaft nach einer Einigung der Beteiligten verlange. Diesen Einwand versucht *Spielbüchler* (Schuldverhältnis 106 f; *derselbe*, JBl 1971, 589 [593]) mit der Überlegung zu zerstreuen, der Empfänger einer Sache erwerbe Besitz, weil sein Wille bereits im Erwerbsgeschäft (= Titelgeschäft) auf Eigentumserwerb gerichtet ist, und der Übergeber verliere den Besitz, weil er sich im Veräußerungsgeschäft zur Übereignung verpflichtet habe.

61 Bürgerliches Recht[15] I Rz 1010.

62 Oben 2. Kapitel § 1 A.I.1; S 11 f.

63 Eigentumsvorbehalt 52 ff. Kritisch dazu *Holzner*, JBl 2010, 674 (674 f).

als wertvollen Impuls für die Diskussion der damals dogmatisch nur ungenügend aufbereiteten Auffassung, lehnt sie im Ergebnis jedoch ab. *Spielbüchlers* Ansatz lasse Schuld- und Sachenrecht auseinanderklaffen; insbesondere sei nicht zu begründen, weshalb der Käufer durch einen bei Übergabe erklärten Annahmevorbehalt den Verkäufer schuldrechtlich in Verzug setzen könne, während diese Erklärung des Käufers aber nichts an den durch den Realakt der Übergabe ausgelösten sachenrechtlichen Wirkungen der Eigentumsübertragung ändern solle. Übernehme der Käufer die Sache, greife Gewährleistungs- anstelle des Nichterfüllungsrechts ein und damit verschlechtere sich seine Rechtsposition; daher sei für die Übernahme zumindest beschränkte Geschäftsfähigkeit zu fordern. Ließe man mit *Spielbüchler* einen „natürlichen Willen" im Übergabezeitpunkt genügen, führte dies also dazu, dass das Eigentum auf einen Geschäftsunfähigen zwar übergehen könne, er jedoch die nachteiligen Folgen der Übernahme – nämlich das Eingreifen von Gewährleistungsrecht – nicht verhindern könnte[64]. *Schoditsch* wendet sich auch gegen die auf *Spielbüchlers* Thesen aufbauende Lehre von *F. Bydlinski*[65]: Zwar sei es *F. Bydlinski* als Verdienst anzurechnen, herausgearbeitet zu haben, dass der dingliche Vertrag den sachenrechtlichen Teil des Kaufvertrags bilde, doch stelle sich die Frage, wie diese Betrachtungsweise dem sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatz bei Gattungsschulden oder bei Leistung einer erst herzustellenden Sache gerecht werden könne. Zudem scheine *F. Bydlinski* die Qualifikation der Übergabe als bloßen Realakt ohnedies nicht völlig konsequent durchzuhalten, wenn er den kurzfristigen Eigentumsvorbehalt durch einen Rekurs auf § 915 ABGB und somit mithilfe der Auslegungsgrundsätze für Willenserklärungen herleitet. Im Ergebnis plädiert *Schoditsch*[66] für eine **differenzierende Lösung**: Während die **vertragskonforme Vorbehaltserklärung sachenrechtlich wirksam sei**, entfalte die vertragswidrige Vorbehaltserklärung sachenrechtlich keine Wirkung.

8. Resümierend zeigt sich, dass die Auffassung von der sachenrechtlichen Unwirksamkeit der einseitigen Vorbehaltserklärung in Österreich derzeit noch überwiegen mag; dieser Standpunkt ist aber keineswegs unbestritten und wird mit beachtlichen Argumenten in Zweifel gezogen. Gegenteilige und differenzierende Lösungen scheinen im Vormarsch begriffen.

64 Darauf replizierend jüngst *Spielbüchler*, FS 200 Jahre ABGB 1433 (1441 f FN 12).
65 Oben 2. Kapitel § 1 A.I.1; S 11 f mit Nachweisen.
66 Eigentumsvorbehalt 86 ff; zustimmend *Riedler* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 3/41.

B. Deutschland

I. Gesetzeslage und Prinzipien der Übereignung

1. Wer sich der Frage widmet, wie das deutsche Privatrecht den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt behandelt, muss zunächst das sachenrechtliche Umfeld der Eigentumsübertragung ausleuchten. Das BGB gibt dem Käufer einen Anspruch auf **sofortige Übereignung** der Ware (§ 433 BGB): grundsätzlich Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises (§ 320 Abs 1 BGB), auf Grund Vereinbarung aber auch dann, wenn der Verkäufer kreditiert hat[67]. Anders als das ABGB[68] normiert das BGB den Eigentumsvorbehalt ausdrücklich[69]: Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, ist nach einer Auslegungsregel[70] anzunehmen, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (§ 449 BGB). Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist nur das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft (dingliche Einigung)[71], das demnach im Zweifel inhaltlich dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag) entsprechen soll: Enthält der Kaufvertrag einen Eigentumsvorbehalt, sieht das Verfügungsgeschäft für den Eigentumsübergang die aufschiebende Bedingung der Kaufpreiszahlung vor.

2. Das leitet über zu einer weiteren BGB-Bestimmung, die im hier interessierenden Zusammenhang bedeutsam ist: § 929 BGB ordnet – wiederum ohne ge-

67 *Serick*, Eigentumsvorbehalt I 76; *H. P. Westermann* in MünchKomm-BGB[8] § 433 Rz 65; so ausdrücklich auch die Materialien zum BGB (*Motive* BGB II 318).

68 Mit diesem Befund etwa auch *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 21. Implizit anerkannt wurde die Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts allerdings durch den Gesetzgeber der III. Teilnovelle (RGBl 1916/69) in § 297a ABGB (vgl dazu Herrenhausbericht 37 ff; *Klang*, Sachenrechtliche Bestimmungen 2; *derselbe* in Klang, ABGB[2] II 310; *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 452; *derselbe*, FS Kaneti 11 [17]) sowie explizit in § 24 Abs 1 Z 9 KSchG und durch die – mittlerweile nicht mehr in Geltung stehenden – Bestimmungen des § 10 Abs 2 Z 9 RatenG und § 10 Abs 2 6. DVEheG (HausratsV, dRGBl I 1944, 256; aufgehoben mit 1.7.1978 durch Art XXIII § 2 EheRÄndG, BGBl 1978/280). Aus diesem Grund entschied sich der österreichische Gesetzgeber, Art 4 der Zahlungsverzugsrichtlinie (RL 2000/35/EG) nicht umzusetzen (ErläutRV 1167 BlgNR 22. GP 7; *Spitzer/Told* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1063 Rz 19).

69 Vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (dBGBl I 2001 S 3138) war eine gleichlautende Auslegungsregel in § 455 BGB enthalten.

70 Siehe nur *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 59 Rz 1; *Bülow*, Kreditsicherheiten[10] Rz 793; *H. P. Westermann* in MünchKomm-BGB[8] § 449 Rz 11.

71 *Beckmann* in Staudinger, BGB (2013) § 448 Rz 12. Ebenso zur Vorgängerbestimmung des § 455 BGB (vgl FN 69) *Asch*, AcP 139, 201 (204), der – mit Hinweis auf die Materialien (Protokolle II 80 f) – von einer *lex fugitiva* spricht, weil die Bestimmung im Kaufrecht angesiedelt ist.

setzliche Entsprechung im österreichischen Recht[72] – ausdrücklich an, dass eine **dingliche Einigung** erforderlich ist, um Eigentum an einer beweglichen Sache zu übertragen. Der Eigentümer hat die Sache dem Erwerber nicht nur zu übergeben (*Traditionsprinzip*[73]), sondern beide müssen sich auch darüber einig sein, dass Eigentum übergehen soll. Wie das österreichische Recht folgt damit auch das BGB dem sogenannten *Trennungsprinzip*[74], wonach zwischen dem schuldrechtlichen, auf Übereignung gerichteten Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag) einerseits und dem die dingliche Rechtsänderung herbeiführenden Verfügungsgeschäft andererseits zu unterscheiden ist[75]. Nach in Deutschland herrschender Auffassung ist die somit erforderliche Einigung ein **dingliches Rechtsgeschäft**, auf das die Vorschriften des allgemeinen Teils des bürgerlichen Rechts, insbesondere also die Regeln über Rechts- und Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung und Willensmängel, anzuwenden sind[76]. Nicht generell anwendbar seien hingegen – und in diesem Punkt besteht ein gravierender Unterschied zur österreichischen Auffassung[77]! – die Bestimmungen des Schuldrechts[78]: Dem dinglichen Rechtsgeschäft fehle jedes verpflichtende Element[79];

72 Der dingliche Vertrag wird vom ABGB an keiner Stelle besonders erwähnt (*F. Bydlinski*, FS Larenz 1027 [1029]; *Meinhart*, Übertragung des Eigentums 35 f und 68).

73 *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 51 Rz 1 f (S 636 f); *Heck*, Sachenrecht 234 ff; siehe auch schon *Liebe*, Sachenrechtliche Erörterungen 42. Ebenso für Österreich statt aller etwa *Klang* in Klang, ABGB[2] II 306; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 333.

74 *Felgenträger*, Übereignungslehre 31 ff; *H. P. Westermann* in Westermann, Sachenrecht[8] § 3 I.1 (S 32); *Habermeier*, AcP 195, 283 (283 ff); *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 40 (S 55) und § 51 Rz 1 f (S 636); *Wieling*, Sachenrecht[2] § 9 I.1 (S 291); *Oechsler* in MünchKomm-BGB[9] § 929 Rz 5. Zur historischen Genese instruktiv *J. W. Flume*, Vermögenstransfer 22 ff mit umfassenden Hinweisen.

75 Diese Trennung ist nur dann logisch zwingend, wenn der Rechtserwerb dem Abstraktionsprinzip (dazu siehe unten S 61 f und 2. Kapitel § 3 B.II.1; S 68 ff) folgen soll (*Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 43 aE [S 57]; *von Bar/Clive*, DCFR VIII.–2:101 comments D(a) (S 4417); *Stadler*, JZ 2010, 380 [386]).

76 *Stöver*, ArchBR 26, 149 (194); *Heck*, Sachenrecht 109 und 231; *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 5 ff (S 44 ff); *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht[6] Rz 20; *Kindl* in Hau/Poseck, BeckOK-BGB[64] § 929 Rz 8.

77 Vgl oben bei S 12. Siehe dazu noch näher unten 2. Kapitel § 3 A.II (S 62 ff) und 2. Kapitel § 3 B.II.2.a (S 76 ff).

78 BGH V ZR 190/64 in BGHZ 49, 263 (254 ff); *Eccius*, ErläutDtR 47, 51 (51 und 59); *Stadler*, Verkehrsschutz 80 FN 31. Anders *H. P. Westermann* in Westermann, Sachenrecht[8] § 37 II.5 (S 315); *Wieling*, Sachenrecht[2] § 9 I.pr (S 291).

79 Um diesen Unterschied gegenüber einem gewöhnlichen (schuldrechtlichen) Vertrag durch eine abweichende Terminologie deutlich zu machen, hat der erste BGB-Entwurf den ursprünglich verwendeten Begriff „Vertrag“ in zweiter Lesung durch „Einigung“ (§ 873, § 879 Abs 2, § 880 Abs 2, § 925 Abs 1 BGB) beziehungsweise durch „einig sein“ (§ 929, § 1032, § 1205 Abs 1 BGB) ersetzt; siehe Protokolle III 56 ff; *Endemann*, Bürgerliches Recht[6] II 71 FN 3; *Kohler*, ArchBR 18, 1 (107 f); *Stöver*, ArchBR 26, 149 (150); *Bruck*, Einigung im Sachenrecht 4 ff; *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 2 (S 43). Heute ist hingegen überwiegend anerkannt, dass es die ihm zugrunde liegende Willensübereinkunft erlaubt, den Vertragscharakter des verfügen-

die Rechtsänderung sei erst bewirkt, wenn es zur sogenannten Kundbarmachung komme. Darunter sei die Eintragung im Grundbuch (§ 873 Abs 2 BGB[80]) oder die Übergabe der beweglichen Sache zu verstehen; davor könne die dingliche Einigung einseitig widerrufen werden[81] beziehungsweise sei sie noch nicht perfekt[82].

II. Behandlung des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts

1. Ausgehend von der eben dargestellten Gesetzeslage gelangen deutsche Rechtsprechung[83] und herrschende Lehre[84] zu einem Ergebnis, das zur in Österreich überwiegend vertretenen Ansicht konträr ist: Erklärt der Verkäufer bei Übergabe *einseitig den Eigentumsvorbehalt, ist dies sachenrechtlich wirksam* und **verhindert den Eigentumsübergang**. Als Begründung dafür führt man insbesondere an, der Verkäufer sei **an die** allenfalls[85] bereits erfolgte **dingliche Einigung erst mit Übergabe gebunden**[86]. Haben die Parteien im Kaufvertrag

---

den Rechtgeschäfts grundsätzlich zu bejahen; *Eccius*, ErläutDtR 47, 51 (51 und 59); *Heck*, Sachenrecht 108 und 230; *Stadler*, Verkehrsschutz 80; *H. P. Westermann* in Westermann, Sachenrecht[8] § 37 II.1 (S 312); *Eickmann* in Westermann, Sachenrecht[8] § 74 I.4 (S 636); *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht[6] Rz 21. Davon gesondert ist zu prüfen, ob der dinglichen Einigung auch Bindungswirkung zukommt; hierzu eingehend unten 2. Kapitel § 3 B.II.2; S 75 ff.

80 Diese Bestimmung normiert ausdrücklich, dass die Beteiligten vor der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch an die dingliche Einigung nur gebunden sind, wenn die Erklärungen notariell beurkundet, vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder, wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine der Grundbuchsordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

81 *Kohler*, ArchBR 18, 1 (105 und 107 f); *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 25; *Oechsler* in MünchKomm-BGB[9] § 929 Rz 42; *Kindl* in Hau/Poseck, BeckOK-BGB[64] § 929 Rz 18; *Wilhelm*, Sachenrecht[7] Rz 872 f; BGH VIII ZR 66/76 in NJW 1978, 696; VIII ZR 206/77 in NJW 1979, 213; IV ZR 40/54 in BGHZ 14, 114 (die zwei zuletzt genannten jeweils zum einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt). So ferner ausdrücklich auch die erste BGB-Kommission (*Motive* BGB III 336 f). Anders aber *Liebe*, Sachenrechtliche Erörterungen 54; *Heck*, Sachenrecht 233; *Endemann*, Bürgerliches Recht[6] II 76 f; *H. P. Westermann* in Westermann, Sachenrecht[8] § 37 II.5 (S 315 f); *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1 III.2.b (S 37 f); *Wank/Kamanabrou*, JURA 2000, 154 (155 ff).

82 *Eccius*, ErläutDtR 47, 51 (59 und 67).

83 BGH IV ZR 2/52 in NJW 1953, 217 mit Anmerkung *Raiser*; VIII ZR 89/74 in BGHZ 64, 395; VIII ZR 206/77 in NJW 1979, 213; IV ZR 40/54 in BGHZ 14, 114; VIII ZR 232/78 in NJW 1982, 1749 = ZIP 1982, 447 mit Anmerkung *Bunte*.

84 *Schalfejew*, Eigentumsvorbehalt 96 f; *H. P. Westermann* in MünchKomm-BGB[8] § 449 Rz 17 f; *Faust* in in Hau/Poseck, BeckOK-BGB[64] § 449 Rz 16; *Kindl* in in Hau/Poseck, BeckOK-BGB[64] § 929 Rz 59 je mit weiteren Hinweisen.

85 Zum Meinungsstand im Hinblick auf den Zeitpunkt des Zustandekommens der dinglichen Einigung sogleich im Text.

86 *Oechsler* in MünchKomm-BGB[9], § 929 Rz 42; *Kindl* in Hau/Poseck, BeckOK-BGB[64] § 929 Rz 18; BGH VIII ZR 206/77 in NJW 1979, 213. Vgl auch oben bei und in FN 81.

keinen Eigentumsvorbehalt vereinbart und erklärt der Verkäufer einseitig vor/bei Übergabe, sich das Eigentum vorzubehalten, erwerbe der Käufer nur bedingtes Eigentum. Entscheidend sei für die dingliche Wirkung bloß, dass die Erklärung des Verkäufers dem Käufer (oder einer seiner passiv vertretungsbefugten Hilfspersonen) rechtzeitig – also spätestens bei Besitzübertragung[87] – zugehe[88]. Es stehe dem Käufer aber frei, nach § 433 Abs 1 Satz 1 BGB[89] auf unbedingte Eigentumsübertragung zu klagen[90] und/oder den Verzögerungs- beziehungsweise Nichterfüllungsschaden sowie den Rücktritt geltend zu machen[91].

Zur Frage, in welchem **Zeitpunkt** die dingliche Einigung zustande kommt, legt man sich in Deutschland nicht fest: Während die Gesetzesmaterialien[92] da-

---

87 BGH VIII ZR 98/74 in BGH 64, 395 (397).

88 *Schalfejew*, Eigentumsvorbehalt 98; *Raiser*, Allgemeine Geschäftsbedingungen 198; *derselbe*, NJW 1953, 217 (219) mit unzutreffendem Hinweis auf *Jacusiel*. Auch dieser Autor (*Jacusiel*, Eigentumsvorbehalt 12 f) bejaht die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts im Grundsatz, hält es aber bei einem Fakturenvermerk für erforderlich, einen besonders strengen Maßstab anzulegen, wenn der Erklärungszugang zu prüfen ist, weil auf der Faktura mit einer derartigen Erklärung nicht zu rechnen sei.

89 § 433 Abs 1 BGB ist im Wesentlichen das Pendant zu § 1062 ABGB.

90 So schon *Jacusiel*, Eigentumsvorbehalt 13 f, der allerdings eine Einschränkung für jene Fälle formuliert, in denen dem Verkäufer das Recht der Unsicherheitseinrede (§ 321 BGB; entspricht § 1052 Satz 2 ABGB) zukommt, womit er den von *Hoyer* (oben S 15 bei und in FN 55) vertretenen differenzierenden Ansatz vorwegnimmt. Ferner *Serick*, Eigentumsvorbehalt I 90; *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 59 Rz 10 (S 831). Das österreichische Schrifttum sieht darin teilweise eine unökonomische Prozessführung, was man als Argument gegen die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts ins Treffen führt (*F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 372; *derselbe*, FS Larenz 1027 [1030]; *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt 106; OGH 5 Ob 18/97a in NZ 1998, 136 = ecolex 1997, 424 mit zustimmender Anmerkung *Wilhelm* = HS 28.422). Dagegen hat jedoch *Welser*, JBl 1975, 219 (220), treffend eingewendet, es sei nicht recht einzusehen, weshalb dem Käufer der Klageweg gerade in einem solchen Fall unerträglich sei, zumal er doch bloß so wie bei jeder anderen Vertragsverletzung auf die Einhaltung der Vertragspflichten klagen müsse.

91 *Bonin*, JuS 2002, 438 (439). Eine noch weitergehende Befugnis des Verkäufers könnte man unter Hinweis auf den Wortlaut des § 449 BGB vertreten, wenn man die Formulierung „*Hat sich der Verkäufer* […] *das Eigentum* […] *vorbehalten,* […]" dahin auslegt, dieser habe die Möglichkeit, sich das Eigentum einseitig vorzubehalten und damit sogar noch im Rahmen seiner Verkäuferpflichten zu bleiben. Wie das deutsche Schrifttum jedoch zutreffend betont, wäre ein solches Verständnis irrig (*Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 59 Rz 9 [S 831]).

92 *Motive* BGB III 7 f: Wer seine Sache einem anderen in der Absicht der Eigentumsübertragung übergebe, tue dies nur, weil und sofern der Andere das Eigentum erwerben wolle, und dieser wieder eigne sich die Sache nur an, weil und sofern jener Übertragungswillen habe. Es bekunde sich also in der Tradition nicht bloß eine äußerliche Übereinstimmung des Willens beider in Richtung auf den nämlichen rechtlichen Erfolg, sondern eine wirkliche Willenseinigung über denselben. Siehe ferner auch die

von ausgehen, Veräußerer und Erwerber gäben ihre Willenserklärung grundsätzlich gleichzeitig ab, nämlich bei Übergabe, betonen Schrifttum[93] und Judikatur[94], ob ein Übereignungswille vorhanden ist, sei *im Einzelfall* und aus den Umständen durch Auslegung zu entscheiden; tendenziell neigt man aber wohl dazu, die dingliche Einigung erst bei Übergabe zustande kommen zu lassen[95]. Angesichts der freien Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung erscheint es für die rechtliche Beurteilung des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts nicht notwendig, hinsichtlich des Zeitpunkts eindeutig Stellung zu beziehen; er erweist sich als mehr oder weniger belanglos und es verwundert daher nicht, dass die Diskussion zur deutschen Rechtslage dieser Frage keinen besonderen Stellenwert beimisst. Der Befund aus Deutschland und ebenso eine rechtsvergleichende Umschau[96] generell zeigen aber, dass man in jenen Rechtsordnungen, die dem Trennungsprinzip anhängen und eine dingliche Einigung anerkennen, durchwegs davon ausgeht, die dingliche Einigung komme *bei Übergabe* zustande; die in Österreich überwiegende Auffassung[97] scheint also eher eine Ausnahme zu bilden. Damit scheint ein Verdacht nicht ganz von der Hand zu weisen: Wenn man in Österreich überwiegend dafür plädiert, die dingliche Ei-

---

Stellungnahme der zweiten BGB-Kommission (Protokolle III 63), wonach der Abschluss des dinglichen Vertrags häufig in dem Abschluss des obligatorischen Vertrags stillschweigend enthalten sei.

93 *Wieling*, Sachenrecht[2] § 9 I.1 (S 292 und 293 FN 22): Werde etwa eine Sache nicht schon bei den Vertragsverhandlungen übergeben, sondern erst später zugesandt, sei genau zu prüfen, ob die Einigung nach § 929 BGB schon in den Vertragsverhandlungen liege oder ob sie erst mit der Zusendung erfolgen solle.

94 BGH IX ZR 134/89 in NJW 1990, 1913.

95 *Wieling*, Sachenrecht[2] § 9 I.1.b (S 293 FN 22): Eine Auslegung dahingehend, dass ein Eigentumserwerb soweit als möglich hinausgeschoben sein soll, erscheine einleuchtend, wenn sich keine Anhaltspunkte für das Gegenteil ergeben. In diesem Sinn auch *Heck,* Sachenrecht 230 f, nach dem bei beweglichen Sachen die dingliche Einigung sehr häufig gerade durch die Übergabe erklärt werde, es aber auch möglich sei, dass sie der Übergabe vorausgehe (*antizipierte Einigung*). Die Verbindung der dinglichen Einigung mit dem Grundgeschäft werde idR zu verneinen sein, wenn die Bezahlung erst bei Ablieferung erfolgen soll. Der Parteiwille gehe dann dahin, die Eigentumsübertragung erst mit diesem Austausch eintreten zu lassen (*Heck*, aaO 232). Für eine Einigung erst bei Übergabe auch *Stöver*, ArchBürgR 26, 149 (171 ff: Übergabe und Einigung sind zeitlich aufs engste miteinander verbunden, beide müssen punktuell zusammenfallen); *Wilutzky*, ArchBR 28, 53 (69); *H. P. Westermann* in Westermann, Sachenrecht[8] § 37 I.2. (S 310 f). Zu diesem Ergebnis gelangt wohl auch *Eccius*, ErläutDtR 47, 51 (51), nach dem der aus Einigung und Übergabe zusammengesetzte Vorgang als dinglicher Vertrag zu bezeichnen ist. Vgl aber *Habermeier,* AcP 1995, 283 (284 f), der betont, dass wenn das BGB für die rechtsgeschäftliche Überleitung von Vermögen als Ausdruck des Trennungsprinzips zwei Rechtsgeschäfte verlange, so dürfe dies nicht dahin missverstanden werden, dass damit stets auch zwei zeitlich getrennte Handlungen oder Lebensvorgänge erforderlich werden.

96 *Von Bar/Clive*, DCFR VIII.–2:101 comments D(a) (S 4417).

97 Nachweise oben 2. Kapitel § 1 A.I; S 11 ff.

nigung ins Verfügungsgeschäft zu verlagern, ist dies offensichtlich auch vom Wunsch getragen, den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt als unwirksam zu beurteilen[98].

2. Teilweise begründet das deutsche Schrifttum die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts noch auf anderem Weg, nämlich mit Hinweis auf § 137 Satz 1 BGB[99]: Nach dieser Bestimmung kann die Befugnis, über ein veräußerliches Recht zu verfügen, nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Daraus leitet man ab, der Veräußerer könne durch persönliche Vereinbarungen mit dem Erwerber im Vorfeld nicht daran gehindert sein, aufschiebend bedingt nach § 449 Abs 1 BGB über das Eigentum zu verfügen.

3. Insgesamt präsentiert sich das Meinungsbild zur deutschen Rechtslage homogener als in Österreich. Allerdings fehlt es auch hier nicht an **Gegenstimmen**, die die konträre – also eine mit dem überwiegenden österreichischen Ansatz übereinstimmende – Lösung vorziehen. Vor allem die ältere deutsche Lehre hat die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts verneint; dies in erster Linie mit der Begründung, dass sich der Verkäufer dadurch vertragswidrig verhalte[100]. Hinzukommt, dass selbst manche Stimmen, die sich de lege lata der in Deutschland herrschenden Auffassung angeschlossen hatten, de lege ferenda dafür plädierten, den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt für sachenrechtlich für unwirksam zu erklären. Diese Vorbehalte manifestierten sich besonders deutlich in den Beschlüssen des 51. Deutschen Juristentages[101], der sich unter anderem der Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten widmete: In der Abteilung Kreditsicherung empfahl man, den wirksamen Eigentumsvorbehalts generell davon abhängig zu machen, dass dem Käufer vor der Lieferung ein entsprechendes Schriftstück zugeht; und der bei Lieferung entgegen der ursprünglichen Vertragsvereinbarung begründete Eigentumsvorbehalt sollte als unwirksam anzusehen sein.

98 Dieser Gedankengang tritt etwa bei *F. Bydlinski* (in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 374) deutlich zutage: „Entweder bedarf es bei der Besitzübergabe einer bestehenden Einigung über den Eigentumsübergang. Dann ist die sachenrechtliche Wirksamkeit des – selbst obligationswidrigen – einseitigen Eigentumsvorbehalts eine logisch unentrinnbare Konsequenz. […] Oder der einseitige Eigentumsvorbehalt ist auch sachenrechtlich nicht wirksam, hindert also den Eigentumsübergang nicht. Dann kann es keine dingliche Einigung als bei der Übergabe notwendige Voraussetzung des Eigentumsüberganges geben." Vgl ferner *denselben*, aaO 477 und FS Larenz 1027 (1030 und 1033), sowie *Spielbüchler*, JBl 1971, 589 (595).

99 *Oechsler* in MünchKomm-BGB⁹ § 929 Rz 28. Dagegen *Wieling*, Sachenrecht² § 1 III.2.b (S 38).

100 *Joël*, BankArch 1929, 309 (309); weitere Nachweise bei *Raiser*, NJW 1953, 217 (219).

101 Abgedruckt in NJW 1976, 2004 (2010).

§ 2 Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung

Der zuvor dargestellte Meinungsstand soll Ausgangspunkt sein, um den eigentlichen Problemkern zu identifizieren und einen eigenständigen Lösungsansatz zu entwickeln. Zuvor empfiehlt es sich jedoch, den Blick auch auf Vorhaben der Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung zu werfen, die gescheitert oder erfolgreich zu einem Abschluss gekommen sind. Ebenso wie die noch im Detail vorzunehmende Auswertung des deutschen Meinungsstands[102] kann sich dies als nützlich und sinnvoll erweisen, denn aus einer rechtsvergleichenden Betrachtung kann der Rechtsanwender regelmäßig Inspiration schöpfen und seine Kritikfähigkeit gegenüber festgetretenen gedanklichen Trampelpfaden schärfen[103]. Zudem kann man gerade aus Erfolg und Scheitern derartiger Vorhaben Anhaltspunkte dafür gewinnen, ob und in welchem Ausmaß bereits eine einheitliche, mehrere Rechtsordnungen übergreifende Rechtsüberzeugung anzunehmen ist. Schließlich lassen sich Rückschlüsse auf den rechtsethischen Gehalt der heimischen Regelungen ziehen. Den weiteren Überlegungen zur österreichischen Rechtslage geht daher ein Überblick über spontane Tendenzen und zentral gesteuerte Vorhaben der Rechtsvereinheitlichung sowie Rechtsangleichung voran.

A. Spontane Rechtsangleichung und deren Triebfeder

1. Umsatzgeschäfte, die nicht Zug um Zug abgewickelt werden, sondern bei denen der Verkäufer in Vorleistung tritt und den Kaufpreis kreditiert, stellen im heutigen Wirtschaftsverkehr europaweit, aber wohl auch darüber hinaus, mehr die Regel als eine Ausnahme dar. Der Grundgedanke, die Forderung des Verkäufers durch Eigentumsvorbehalt abzusichern, ist in einer solchen Situation dermaßen einleuchtend und verbreitet, dass man ihn schon seit Längerem als eine allgemein anerkannte **Institution gemeineuropäischen Privatrechts** bezeichnet[104]. Daran zeigt sich auch, dass nicht zuletzt wirtschaftliche Implika-

102 Unten 2. Kapitel § 3 A; S 59 ff.

103 Zur Zulässigkeit und zum Stellenwert rechtsvergleichender Argumente vgl allgemein *F. Bydlinski*, Methodenlehre[2] 386 und 461 f, *Stoll*, FS Bydlinski 429 ff; *Kischel*, Rechtsvergleichung § 2 Rz 1 ff (insbesondere § 2 Rz 16 ff).

104 *Schmidt-Kessel*, NJW 2001, 97 (101 f); *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 59 Rz 1 (S 826).

tionen und Bedürfnisse das Streben nach Rechtsvereinheitlichung (ebenso wie das ihr vorgelagerte Interesse an Rechtsvergleichung) antreiben und wirtschaftsnahe Bereiche davon vorrangig erfasst sind[105].

Sachenrechtliche Bestimmungen nehmen in diesem Prozess eine Sonderstellung ein. Ihre Vereinheitlichung erscheint aus der Warte des Wirtschaftsverkehrs von geringerem Interesse[106]: Dem Sachenrecht kommt nämlich im Allgemeinen „statischer Charakter"[107] beziehungsweise eine „stationäre Lage"[108] zu[109]. Durch die nahezu weltweit anerkannte[110] **situs-Regel** (*lex rei sitae*) gilt dies ebenso für grenzüberschreitende Sachverhalte. Nach dieser Regel ist in der Frage der anwendbaren Rechtsordnung auf die Belegenheit der Sache abzustellen, was dazu führt, dass das anzuwendende sachenrechtliche Regime verhältnismäßig leicht festzustellen und vorherzusehen ist[111]. Ähnlich wie das Publizitätsprinzip des materiellen Rechts trägt somit auch die situs-Regel des Internationalen Privatrechts den Erwartungen der Parteien und damit dem **Verkehrsschutz**[112] ohnehin in gewissem Umfang Rechnung[113]. Damit entsteht in der Rechtspraxis für das Sachenrecht im Allgemeinen bloß verhältnismäßig geringer Bedarf danach, die Rechtsordnungen zu vereinheitlichen; dennoch bleibt die Rechtsangleichung auch hier nicht gänzlich aus. Von derartigen Tendenzen und Bemühungen sind jene Teile des Sachenrechts stark betroffen, die

105 Dies betonen deutlich etwa *Schulz*, Eigentumsvorbehalt 215 ff, und *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 43. Siehe ferner *Dölle*, ZfRV 1963, 133 (insbesondere 134 ff).

106 *Drobnig* in Martiny/Witzleb, Europäisches Zivilgesetzbuch 169 ff und 172 f, ebenso *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 43.

107 *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 42.

108 *Drobnig* in Martiny/Witzleb, Europäisches Zivilgesetzbuch 172 f.

109 In diesem Sinne skizziert etwa *Hattenhauer*, Grundbegriffe² 143, das Verhältnis von Schuldrecht und Sachenrecht pointiert folgendermaßen: „Schuldrecht beschreibt, wie der Kapitalist Beute macht, Sachenrecht wie er sich die Beute sichert."

110 *Kropholler*, IPR⁶ § 54 I 1 (S 554); *Verschraegen* in Rummel, ABGB³ § 31 IPRG Rz 1; *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 42 bei und in FN 214 je mit weiteren Hinweisen. Diesem Grundsatz entsprechende Anknüpfungsregeln finden sich etwa in § 31 IPRG (Österreich), Art 43 Abs 1 EGBGB (Deutschland), Art 99 und Art 100 IPRG (Schweiz). Zu den im Laufe der Geschichte entwickelten unterschiedlichen Begründungen für die Anwendung des Belegenheitsrechts auf dingliche Rechte siehe etwa *Kropholler*, IPR⁶ § 54 I 1 (S 554), und *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 165 f jeweils mit weiteren Hinweisen.

111 *Kropholler*, IPR⁶ § 54 I 1 (S 555); *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 165 f mit weiteren Hinweisen.

112 Teilweise wird allerdings in Zweifel gezogen, dass es tatsächlich der Lageort einer Sache ist, an den das Vertrauen des Rechtsverkehrs bezüglich der anwendbaren Rechtsordnung anknüpft. Vgl *Lüderitz* in Lauterbach, Reform des Personen- und Sachenrechts 187; mit überzeugender Differenzierung *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 210, wonach sich das Maß, in dem in einer Rechtsordnung der Publizitätsgrundsatz verwirklicht ist, und das Maß an Vertrauen, das der Rechtsverkehr berechtigterweise in die Geltung der lex rei sitae investieren kann, proportional verhalten.

113 *Kegel/Schurig*, IPR⁹ § 2 II 2 und § 19 I; *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 166.

seine dynamische Seite markieren, also solche Regeln, die für die Warenzirkulation bedeutsam sind[114]. Von eminenter Bedeutung ist vor allem, dass Sicherungsrechte auch im zunehmend internationalen Wirtschaftsverkehr[115] Bestand haben[116]; kann sich der Verkehr darauf nicht verlassen, liegt hierin ein besonders gravierender Hemmschuh für internationale Handelsbeziehungen[117].

2. In diesem Licht betrachtet erstaunt es nicht, dass der Eigentumsvorbehalt heute in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union konkurs- und zwangsvollstreckungsfest ausgestaltet ist[118]. Durchaus zu überraschen vermag allerdings, dass dieser Gleichklang der nationalen Rechtsordnungen – wie die sogleich folgende Darstellung[119] belegen kann – kaum aus institutionell verfolgten Bemühungen zur Rechtsvereinheitlichung resultiert, sondern vielmehr als Produkt rein **spontaner Rechtsangleichung** ohne äußeren Impuls anzusehen ist, die allein die praktischen Bedürfnisse des internationalen Wirtschaftsverkehrs angetrieben haben und die einer gezielten, zentral gesteuerten Rechtsvereinheitlichung somit zuvorgekommen ist[120].

---

114 *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 43.

115 So bereits *Diedrich*, IPRax 1992, 408 (411); *Schulz*, Eigentumsvorbehalt 1 FN 1 mit weiteren Hinweisen.

116 Ein anschauliches Beispiel bildet der rechtsgeschichtliche Hintergrund für das Verfolgungsrecht (§ 45 IO): Dass der Gesetzgeber dieses Rechtsinstitut eingeführt hat, dürfte vor allem in der seinerzeitigen Rechtszersplitterung begründet sein, die es dem Verkäufer nicht überall gestattete, den Eigentumsübergang im Wege eines Eigentumsvorbehalts von der vollständigen Kaufpreiszahlung abhängig zu machen; das Verfolgungsrecht bezweckte, dieses Defizit beim rechtsordnungsüberschreitenden Versendungskauf zu beheben (näher dazu *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] Rz 7.73 ff mit weiteren Hinweisen).

117 Siehe nur den Befund bei *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 214. Ein nicht unbeträchtliches Vertrauenshindernis für den Wirtschaftsverkehr ist ebenso darin zu sehen, dass mit der Festschreibung der Grundfreiheiten innerhalb der EU die ungehinderte Zirkulationsmöglichkeit von Vermögenswerten und damit auch deren Verbringung ins europäische Ausland eröffnet wurde. Durch diese Vermögensverschiebungen kann grundsätzlich konkursunterworfenes Vermögen dem Anwendungsbereich nationaler Insolvenzvorschriften entzogen werden, was aus Gläubigerwarte für den Insolvenzfall einen gravierenden Nachteil darstellt und somit ebenfalls überaus handelshemmend wirkt (*Rößler-Hecht*, Eigentumsvorbehalt 171). Zu den Versuchen, dagegen Abhilfe zu schaffen, siehe sogleich im Anschluss den Abschnitt über die institutionell und zentral gesteuerte Rechtsvereinheitlichung 2. Kapitel § 2 B; S 28 ff.

118 Vgl dazu die Nachweise bei *Kieninger*, FS MPI 151 (153); *Bonomi*, Eigentumsvorbehalt 48 ff (Italien); *Rößler-Hecht*, Eigentumsvorbehalt 192 ff (Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakische Republik, Slowenien, Tschechische Republik, Ungarn, Zypern); *Schulz*, Eigentumsvorbehalt 35 ff, 94 ff und 152 ff (Deutschland, England, Frankreich).

119 Sogleich unten 2. Kapitel § 2 B; S 28 ff.

120 Die gegenseitige Beeinflussung von Rechtsinstituten rund um den Eigentumsvorbehalt im deutschen, englischen und französischen Recht stellt etwa auch *Schulz*, Eigentums-

B. Institutionell verfolgte und zentral gesteuerte Rechtsvereinheitlichung

Wer den angesprochenen Bedürfnissen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs nach Kontinuität von Sicherungsrechten Rechnung tragen will, kann sich dabei – aus der Sicht eines supranationalen Normgebers – zweier unterschiedlicher Instrumente bedienen: Zum einen lassen sich die einschlägigen **Sachnormen harmonisieren**, zum anderen ist denkbar, die **Kollisionsnormen** des Internationalen Privatrechts zu **vereinheitlichen**. Beide Instrumente sind sowohl auf europäischer Ebene als auch über deren Grenzen hinaus anzutreffen (näher sogleich). Beschränkt man sich darauf, einheitliche Kollisionsnormen in Geltung zu setzen, bietet dies den Vorzug, dass der Eingriff in die nationalen Rechtsordnungen wesentlich weniger invasiv ausfällt; solche Regelungskonzepte finden daher eher die notwendigen politischen Mehrheiten[121].

Allerdings ist ein solcher Weg kein Allheilmittel[122]: (i) Man verzichtet darauf, das materielle Recht zu vereinheitlichen; das macht es bloß leichter, das anzuwendende Recht festzustellen, nicht aber dessen Inhalt zu ermitteln. (ii) Bei grenzüberschreitenden Handelsgeschäften besteht das zentrale Bedürfnis des Rechtsverkehrs darin, Sicherungsrechte in das Publizitätssystem eines neuen Lagestaats überzuleiten; hier helfen vereinheitlichte Kollisionsnormen aber nicht weiter. (iii) Ist bloß das Kollisionsrecht vereinheitlicht, bleibt es vielmehr notwendig, nach entsprechenden, äquivalenten Mobiliarsicherheiten in der Rechtsordnung des neuen Lagestaates zu suchen. Wegen dieser Nachteile hat man es im Schrifttum sogar als „ungenügend“ bezeichnet, wenn lediglich kollisionsrechtliche Medizin gereicht wird, um jene Beschwerden zu lindern, denen Mobiliarsicherheiten im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr ausgesetzt sind[123].

I. Initiativen auf europäischer Ebene

1. Die Harmonisierungsbestrebungen der Europäischen Union ließen sachenrechtliche Fragestellungen bislang verhältnismäßig unberührt[124]. Der Grund dafür ist jedoch nicht in dem – zuvor angesprochenen (S 26) – besonderen, „statischen Charakter“ des Sachenrechts zu suchen. Ebenso wenig verbietet sich

vorbehalt 232, fest. Allgemein zu dieser Form der organisch gewachsenen Rechtsvereinheitlichung als Gegenpol zur organisiert gezielten Rechtsvereinheitlichung *Dölle*, ZfRV 1963, 133 (insbesondere 134 ff), und *Kramer*, JBl 1988, 477 (485).

121 *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 215.

122 Eingehend *Drobnig*, RabelsZ 38, 468 (478 ff).

123 *Drobnig*, RabelsZ 38, 468 (478 f).

124 Mit diesem Befund *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 41, der als Beispiel die Time-Sharing-Richtlinie (94/47/EG) anführt, die sich trotz ihres sachenrechtlichen Bezugs darauf beschränkt, schuldrechtliche Aspekte zu regeln.

eine Regelung sachenrechtlicher Fragen wegen der vom Primärrecht festgelegten **Kompetenzen der Gemeinschaft**. Zwar ordnet Art 345 AEUV (= ex-Art 295 EGV) an, dass der Vertrag „die Eigentumsordnung in den verschiedenen Staaten unberührt" lässt, dass die Gemeinschaft also keine Zuständigkeit dafür beanspruchen kann, in die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten einzugreifen[125]; der Begriff der Eigentumsordnung ist dabei weit zu verstehen[126] und umfasst alle Rechtsvorschriften, die nach öffentlichem oder privatem Recht Befugnisse zur Einwirkung auf Eigentumsrechte regeln. Doch schließt das Primärrecht damit nicht generell jede Rechtssetzung aus, die das Eigentumsrecht berührt, sondern will – unter dem Eindruck der Verhältnisse der Nachkriegszeit – lediglich klarstellen, dass die nationalen Kompetenzen der Mitgliedstaaten bei Privatisierung und Verstaatlichung unangetastet bleiben[127].

2. Verantwortlich dafür, dass das Unionsrecht sachenrechtliche Fragen bislang kaum regelt, ist somit nicht die fehlende Zuständigkeit der Europäischen Union. Viel eher wird die Ursache darin zu sehen sein, dass die **nationalen Rechtsordnungen** in diesem Bereich besonders **divergieren**[128]: In erster Linie erweist es sich als schwer zu überbrückendes Hindernis, dass die Konzepte des dinglichen Rechtserwerbs – *Trennungsprinzip*[129] einerseits und *Konsensprinzip*[130] andererseits – stark voneinander abweichen[131]. Regelmäßig scheiterte es daher am Widerstand einzelner Mitgliedstaaten, die in Angriff genommenen einheitlichen Lösungen umzusetzen; die davon betroffenen Vereinheitlichungsbemühungen gab man teilweise ganz auf[132], bisweilen flüchtete man sich in Kompromissformeln, die vom ursprünglichen Ziel der Rechtsvereinheitlichung nicht mehr viel erkennen lassen; oder man beschränkte sich darauf, Kollisionsregeln zu vereinheitlichen[133]. Entlang dieses Erfolgsgrads sind die Vereinheitlichungsvorhaben im Folgenden dargestellt.

---

125 *Hatje* in Schwarze, EU-Kommentar[4] Art 345 AEUV Rz 1.

126 *Hatje* in Schwarze, EU-Kommentar[4] Art 345 AEUV Rz 2.

127 *Hatje* in Schwarze, EU-Kommentar[4] Art 345 AEUV Rz 2; *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 41 mit weiteren Hinweisen.

128 So auch *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 44. Siehe allgemein zu den unterschiedlichen Rechtstraditionen in den europäischen Rechtsordnungen als Hürde der Rechtsangleichung *Schulz*, Eigentumsvorbehalt 216 f mit weiteren Hinweisen.

129 Zum Trennungsprinzip oben S 19.

130 Diesem folgen vor allem die Rechtsordnungen des französischen Rechtskreises, wie insbesondere Frankreich selbst, Belgien, Italien und Luxemburg. Auch der englische Sale of Goods Act 1979 hat dieses Prinzip im Grundsatz verwirklicht (*Sagaert*, Transfer of Moveables 10).

131 Die Unterschiede hat im Einzelnen *Sagaert*, Transfer of Moveables 9 ff, herausgearbeitet.

132 Mit diesem Befund auch *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 44. Siehe dazu die sogleich im Text darzustellenden (2. Kapitel § 2 B.I.1) nicht vollendeten Vereinheitlichungsvorhaben.

133 Optimistisch mit Blick auf die Möglichkeit einer Harmonisierung von Sachnormen

1. Nicht vollendete Vereinheitlichungsvorhaben

1. Im Jahr 1973 legte die Kommission den Entwurf einer **Richtlinie über die Anerkennung der besitzlosen Sicherheiten an beweglichen Sachen und der Eigentumsvorbehaltsklauseln bei den Verkäufen beweglicher Sachen**[134] vor. Das Dokument ging zurück auf einen früheren, ebenfalls nicht verabschiedeten Entwurf der Fédération Bancaire de la Communauté Economique Européenne für ein Abkommen der EWG-Mitgliedstaaten über die extraterritorialen Wirkungen besitzloser Mobiliarsicherheiten[135] (in dessen Rahmen der Eigentumsvorbehalt allerdings nicht behandelt wurde).

Nach dem Richtlinienentwurf 1973 sollten die Mitgliedstaaten verpflichtet sein, besitzlose Sicherungsrechte anzuerkennen, wenn sie nach dem Recht jenes Staates wirksam entstanden sind, in dem sie zur Zeit der Begründung belegen waren (Art 1 Entwurf). Man wollte also nicht bloß Kollisionsnormen vereinheitlichen, sondern **Sachnormen harmonisieren**. Von der Anerkennungspflicht sah der Richtlinienentwurf 1973 eine wesentliche Ausnahme vor (Art 9 Entwurf): Die Pflicht, das Sicherungsrecht anzuerkennen, hing von dessen Registrierung ab. Lediglich für den einfachen Eigentumsvorbehalt sollte dies nicht erforderlich sein: Der Vorbehaltsverkäufer sollte den Herausgabeanspruch auch ohne Registrierung in allen Mitgliedstaaten durchsetzen können. Dafür verlangte der Entwurf 1973 lediglich, dass die Parteien den Eigentumsvorbehalt **vor Übergabe schriftlich vereinbart** hatten.

2. Die Richtlinie über die Anerkennung der besitzlosen Sicherheiten scheiterte. In der Folge fokussierten sich die europäischen Harmonisierungsbestrebungen nur mehr auf den Eigentumsvorbehalt. Sie mündeten in den Jahren 1979 und 1980 in der Vorlage mehrerer (im Wesentlichen gleich lautender) Vorentwürfe für den Vorschlag einer Richtlinie des Rates über die rechtlichen Folgen von Vereinbarungen eines einfachen Eigentumsvorbehaltes an Waren[136]. Nach den Vorentwürfen sollte die **Eigentumsvorbehalts-Richtlinie** nur Vereinbarungen eines einfachen Eigentumsvorbehalts erfassen, die zwischen Personen oder Unternehmen in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zustande kommen (Art 1 Vorentwurf)[137]. Zustandekommen und Wirksamkeit von Vorbehaltsvereinbarungen sollten nach dem anzuwendenden innerstaatlichen Recht zu beurteilen sein (Art 3 Vorentwurf), allerdings war

allerdings noch *Schulz*, Eigentumsvorbehalt 232, die einer solchen Rechtssetzung durch die Europäische Union die größten Chancen einer Verwirklichung beimisst.

134 Dokument XI/446/73-D. Text abgedruckt bei *Drobnig/Goode*, Commercial Operations in Europe 378 ff. Dazu näher *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 216.

135 Dokument K/4/4 Nr 153. Text abgedruckt bei *Voskuil*, Reservation of Title 109 ff. Näheres dazu bei *Drobnig*, RabelsZ 38, 468 (483), und *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 221 f.

136 Dokument III/872/79-D. Text abgedruckt bei *Voskuil*, Reservation of Title 114 ff.

137 Näher dazu und zum Folgenden *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 223 ff mit weiteren Hinweisen.

vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten den einfachen Eigentumsvorbehalt jedenfalls anzuerkennen hatten, wenn eine entsprechende schriftliche **Vereinbarung vor Übergabe** der Sache **schriftlich** zustande kam (Art 4 Vorentwurf). Unter dieser Voraussetzung sollte dem Vorbehaltsverkäufer ein Herausgabeanspruch in der Exekution oder in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers zustehen, wenn dieser den Kaufpreis nicht obligationsgemäß bezahlt hatte (Art 5 ff Vorentwurf).

Das Vorhaben dieser Eigentumsvorbehalts-Richtlinie gab man Anfang der 1980er-Jahre ebenfalls auf[138]. Erst rund 30 Jahre später gelang es, die Harmonisierungsbestrebungen abzuschließen: Mit der Zahlungsverzugs-Richtlinie erhielten die Mitgliedstaaten erstmals europäische Vorgaben für das Rechtsinstitut des Eigentumsvorbehalts (dazu sogleich Pkt 2). Bemerkenswert ist an den Vorentwürfen zur Eigentumsvorbehalts-Richtlinie, dass die Anerkennung des Eigentumsvorbehalts davon abhängen sollte, ob zwischen den Parteien eine entsprechende Vereinbarung zustande gekommen war.

3. Parallel zu den Arbeiten der Europäischen Gemeinschaft an der Eigentumsvorbehalts-Richtlinie setzte der Europarat eine Expertengruppe ein, die im Jahr 1981 einen Vorentwurf für ein **Internationales Übereinkommen über die Anerkennung des einfachen Eigentumsvorbehalts**[139] präsentierte. Ebenso wie mit der Eigentumsvorbehalts-Richtlinie wollte man mit diesem Übereinkommen **Sachnormen harmonisieren**; und sein Vorentwurf teilte auch das Schicksal der Eigentumsvorbehalts-Richtlinie: Im Jahr 1984 stellte man die Arbeiten daran ein, weil mehrere Mitgliedstaaten Insolvenzrechtsreformen planten[140]. Im hier interessierenden Zusammenhang ist bedeutsam, dass ein wirksamer Eigentumsvorbehalt voraussetzen sollte, dass er spätestens im Zeitpunkt der Lieferung der Güter an den Käufer schriftlich vereinbart oder schriftlich bestätigt war (Art 4 Vorentwurf). Nur wenn diese Anforderungen erfüllt waren, sollten dem Eigentumsvorbehalt die im Vorentwurf verliehenen Wirkungen zukommen (Art 2 Vorentwurf), insbesondere das Recht des Verkäufers, das Vorbehaltsgut, das sich im Besitz des Käufers befindet, wieder zurückzunehmen (Art 5 Vorentwurf). Erforderlich sollte demnach sein, dass eine *schriftliche Vereinbarung* des Eigentumsvorbehalts vorlag; bloß einseitige Erklärungen des Verkäufers sollten somit nicht ausreichen. Das Übereinkommen zielte aber bloß darauf ab, Eigentumsvorbehalten mit internationalem Bezug in allen übrigen Vertragsstaaten des Übereinkommens Wirksamkeit zu verleihen; Rechtslage und Rechtspraxis von Vertragsstaaten, die einem Eigentumsvorbehalt selbst dann Wirkung verleihen, wenn er die Anforderungen des Übereinkom-

138 *Schlüter*, IHR 2001, 141 (148 bei und in FN 115 mit weiteren Hinweisen).
139 Deutsche Übersetzung des französischen und englischen Originaltextes durch *Wiesbauer* abgedruckt in ZIP 1981, 1156. Näher dazu *Wiesbauer*, ZIP 1981, 1063 (1070 ff), und *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 230 f.
140 *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 231; *Schlüter*, IHR 2001, 141 (148).

mens nicht erfüllte, sollten unberührt bleiben (Art 10 Vorentwurf)[141]. Der Vorentwurf des Europarats verfolgte somit nur eine Mindestharmonisierung der Kreditsicherung durch Eigentumsvorbehalt.

4. Ein weiteres Vereinheitlichungsprojekt auf europäischer Ebene blieb ebenfalls unvollendet: das Vorhaben zu einem **Übereinkommen über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren**, das die Europäische Gemeinschaft bereits in den 1960er-Jahren initiiert hatte[142]. 1970[143], 1980[144], 1984, 1994[145] und 1995[146] wurden Entwürfe zu einem solchen Übereinkommen vorgelegt[147]. Ihnen lag als Bauprinzip zugrunde, dass der Eigentumsvorbehalt in den Vertragsstaaten als konkursfest anzuerkennen ist; Voraussetzung hierfür sollte sein, dass der Eigentumsvorbehalt durch ein vor der Lieferung ausgestelltes Schriftstück festgestellt oder im Fall einer zuvor mündlich getroffenen Vereinbarung schriftlich bestätigt wurde. Das Übereinkommen kam nicht zustande; die dafür geleisteten Vorarbeiten mündeten jedoch in der am 31. Mai 2002 in Kraft getretenen Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO)[148].

5. Zuletzt ist der Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein **Gemeinsames Europäisches Kaufrecht** aus dem Jahr 2011 zu nennen[149]. Auch dieses Vorhaben, das seit 2014 nicht weiterverfolgt wird, enthielt Regelungen zum Eigentumsvorbehalt. Wurde eine Eigentumsvorbehaltsklausel vereinbart, sollte der Verkäufer nicht verpflichtet sein, das Eigentum an den Waren zu übertragen, solange der Käufer nicht die vereinbarte Zahlungsverpflichtung erfüllt hat (Art 91a Vorschlag idF Abänderung 179).

6. Der kursorische Blick auf die diversen, nicht finalisierten Vereinheitlichungsvorhaben bestätigt den schon[150] aufgestellten Befund: Es sind die **Bedürfnisse des Wirtschaftsverkehrs**, die die Rechtsvereinheitlichung befeuern; dies gilt für die spontane Rechtsangleichung genauso wie für institutionell gesteuerte Vorhaben. Schon seit mehreren Jahrzehnten hat eine große Zahl an Vorhaben versucht, den Eigentumsvorbehalt europaweit einheitlich zu regeln. Das zeugt eindrucksvoll davon, welche eminente praktische Bedeutung diesem

141 *Wiesbauer*, ZIP 1981, 1063 (1070).
142 Für eine noch weiter zurückreichende Darstellung siehe *Morscher*, EuInsVO 14 mit weiteren Hinweisen.
143 Dokument 3327/XIV/1/70-D; Text abgedruckt in RabelsZ 36, 734.
144 Dokument III/D/72/80-DE; Text abgedruckt in ZIP 1980, 582 (Entwurf) sowie ZIP 1980, 811 (Protokoll zum Entwurf).
145 Dokument SN 3725/94 (DRS) (CFC); unveröffentlicht (zitiert nach *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 29 FN 81).
146 Eingehend dazu *Keppelmüller*, wbl 1996, 337.
147 Dazu und zum Folgenden Einzelheiten bei *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 226 ff mit weiteren Hinweisen.
148 Dazu eingehend unten 2. Kapitel § 2 B.I.3; S 39 ff.
149 KOM(2011) 635 endgültig.
150 Oben 2. Kapitel § 2 A; S 25.

Rechtsinstitut im internationalen Wirtschaftsverkehr zukommt. Nimmt man diese Vorhaben näher unter die Lupe, fällt auf, dass sie allesamt versucht haben, **Sachnormen** zu harmonisieren – und eben daran sind sie letztlich wohl alle gescheitert. Ferner wollten diese Vorhaben – auch das ist bemerkenswert – für die Wirksamkeit, also die Konkursfestigkeit des Eigentumsvorbehalts durchwegs explizit verlangen, dass zwischen den Parteien eine **Vereinbarung** vorlag, die darüber hinaus nach den allermeisten Regelungskonzepten in schriftlicher Form zustande kommen oder zumindest schriftlich bestätigt werden musste. Gleichzeitig sollte den Vertrags-/Mitgliedstaaten regelmäßig freigestellt bleiben, die Wirkungen eines Eigentumsvorbehalts selbst dann anzuerkennen, wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt war. Unzulässig wäre daher der Schluss, die dargestellten Vereinheitlichungsvorhaben wollten dem einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt die Wirksamkeit generell versagen.

2. Zahlungsverzugs-Richtlinie

a. Richtlinienvorgaben und Umsetzung

1. Nachdem die eben dargestellten Initiativen zur Vereinheitlichung der Rechtslage zum Eigentumsvorbehalt in Europa gescheitert sind, haben das Europäische Parlament und der Rat im **Jahr 2000** die Zahlungsverzugs-Richtlinie[151] verabschiedet; sie war bis 8. August 2002 umzusetzen (Art 6 RL). Im Jahr 2011 verabschiedete der europäische Normgeber eine Neufassung der Zahlungsverzugs-Richtlinie[152]. In den hier interessierenden Bestimmungen und Erwägungsgründen unterscheidet sie sich nicht von der Stammfassung; im Folgenden beziehen sich die Verweise daher jeweils auf Stammfassung und Neufassung der Zahlungsverzugs-Richtlinie.

Erklärtes Ziel der Zahlungsverzugs-Richtlinie ist es, den Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr zu bekämpfen (ErwGr 12 alt/ErwGr 12 und 36 neu; Art 1 Abs 1 RL neu), weil dieser insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen große Verwaltungs- und Finanzlasten nach sich zieht (ErwGr 7 alt/ErwGr 3 neu) und damit Liquiditätsprobleme auslösen kann[153]. In der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts sah die Kommission[154] eines von mehreren

151 RL 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.

152 RL 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.

153 Vgl dazu im Einzelnen die Begründung zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr KOM (1998) 126 endg 4 ff.

154 Mitteilung der Kommission – Bericht über Zahlungsverzug im Handelsverkehr vom 9.7.1998, ABl EG C 216/10 (S 17); vgl auch die Begründung zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr KOM (1998) 126 endg 9.

Instrumenten, die geeignet sind, Handelsgeschäfte zu erleichtern und **Zahlungen** zu **beschleunigen**; sie nahm es daher als ein „Unterziel“[155] der Richtlinie ins Visier, dieses Rechtsinstitut zu vereinheitlichen: Es sei „wünschenswert“ sicherzustellen, „dass Gläubiger einen Eigentumsvorbehalt auf nichtdiskriminierender Grundlage in der ganzen Gemeinschaft geltend machen können“ (ErwGr 21 alt/ErwGr 31 neu). Den Begriff des Eigentumsvorbehalts definiert die Zahlungsverzugs-Richtlinie als die vertragliche Verpflichtung, nach der der Verkäufer bis zur vollständigen Bezahlung Eigentümer des Kaufgegenstands bleibt (Art 2 Z 3 RL alt/Art 2 Z 9 RL neu).

In diesem Sinn haben die Mitgliedstaaten vorzusehen, „dass der Verkäufer bis zur vollständigen Bezahlung das Eigentum an den Gütern behält, wenn zwischen Käufer und Verkäufer vor der Lieferung der Güter ausdrücklich eine **Eigentumsvorbehaltsklausel** vereinbart wurde“ (Art 4 Abs 1 RL alt/Art 9 Abs 1 RL neu). Die Zahlungsverzugs-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten somit, **Sachnormen zu harmonisieren**. Allerdings ist diese Richtlinienvorgabe erheblich relativiert, weil sie nur **„in Einklang mit den anwendbaren nationalen Vorschriften**, wie sie durch das internationale Privatrecht bestimmt werden,“ besteht (Art 4 Abs 1 RL alt/Art 9 Abs 1 RL neu). Nur diese Kompromissformel hat die Zahlungsverzugs-Richtlinie vor einem Scheitern im Vermittlungsausschuss bewahrt[156]. Sie ist – gelinde gesagt – mehrdeutig; welcher Regelungsgehalt ihr zukommt, ist rätselhaft. Ein wenig an Klarheit gewinnt die Formulierung immerhin in Zusammenschau mit den Erwägungsgründen[157]: Danach soll der Verkäufer den Eigentumsvorbehalt in allen Mitgliedstaaten jedenfalls dann geltend machen können, wenn er „gemäß den anwendbaren nationalen Vorschriften, wie sie durch das internationale Privatrecht bestimmt werden, rechtswirksam ist“ (ErwGr 21 alt/ErwGr 31 neu). Hierin kommt das Ziel zum Ausdruck, die **Verkehrsfähigkeit des Eigentumsvorbehalts** im Binnenmarkt sicherzustellen; im Dunkeln bleibt aber, welche Erfordernisse die Richtlinie dafür aufstellt: Manche vertreten dazu, die Mitgliedstaaten seien verpflichtet, den Eigentumsvorbehalt insolvenzfest auszugestalten, ihn also auch mit Wirkung gegenüber Dritten auszustatten[158]. Nach einer anderen Auslegung – die meines Erachtens viel für sich hat – verlangt die Zahlungsverzugs-Richtlinie lediglich, dass die Mitgliedstaaten den wirksam begründeten Eigentumsvorbehalt inter partes anerkennen[159]; demnach soll das nationale Recht

155 *Schlüter*, IHR 2001, 141 (148).

156 *Heinrichs*, BB 2001, 157 (164); *Schmidt-Kessel*, NJW 2001, 97 (101). Zur Entstehungsgeschichte siehe im Einzelnen *Kieninger*, FS MPI 151 (158 ff), sowie sogleich unten 2. Kapitel § 2 B.I.2.b; S 36 ff.

157 Den Rekurs auf die Erwägungsgründe im Rahmen der Auslegung von Art 4 Abs 1 RL alt halten angesichts seiner Mehrdeutigkeit etwa auch etwa *Heinrichs*, BB 2001, 157 (164) und *Schmidt-Kessel*, NJW 2001, 97 (101) für erforderlich.

158 Dafür *Gsell*, ZIP 2000, 1861 (1867); *Schmidt-Kessel*, NJW 2001, 97 (102); *Heinrichs*, BB 2001, 157 (164).

159 So überzeugend *Kieninger*, WM 1998, 2213 (2219 f), und *dieselbe*, FS MPI 151 (161 f),

bloß vorsehen, dass sich der Verkäufer gegenüber dem Käufer auf den vereinbarten Eigentumsvorbehalt berufen kann, nicht aber, dass er Ansprüche aus dem vorbehaltenen Eigentum gegen Dritte durchzusetzen vermag[160]. Macht der Verkäufer den Eigentumsvorbehalt in einem anderen Mitgliedstaat geltend als in jenem, in dem der Eigentumsvorbehalt begründet wurde, so könne er demnach nur jene Position beanspruchen, die einem Vorbehaltsverkäufer nach dem dortigen Recht zukomme[161]; ein Sicherungsrecht mit Drittwirkung müsse sich daraus nicht ergeben.

2. Angesichts solcher Vorgaben und der schon bisher bestehenden Rechtslage sahen weder der österreichische[162] noch der deutsche[163] Gesetzgeber Anlass, Art 4 RL alt/Art 9 RL neu gesondert umzusetzen. Gleichzeitig hat das Schrifttum beklagt, mit der Zahlungsverzugs-Richtlinie habe der europäische Normgeber eine Chance vergehen lassen[164], denn es wäre wünschenswert gewesen, die Rechtslage in den Mitgliedstaaten in größerem Ausmaß anzugleichen, vor allem mit Blick auf die Drittwirkungen des vorbehaltenen Eigentums[165]; in der verabschiedeten Form sei die Vereinheitlichung gar nicht erforderlich gewesen, zumal die Privatrechtsordnungen aller Mitgliedstaaten den bloß inter partes wirkenden Eigentumsvorbehalt ohnehin anerkennen[166].

3. Ebenso wenig wie mit Blick auf die Drittwirkungen des vorbehaltenen Eigentums gibt die Zahlungsverzugs-Richtlinie vor, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit der Eigentumsvorbehalt **wirksam begründet** ist. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten lediglich, eine „vertragliche Vereinbarung, nach der der Verkäufer bis zur vollständigen Bezahlung Eigentümer des Kaufgegenstandes bleibt", als Eigentumsvorbehalt zu behandeln (Art 2 Z 3 RL alt/Art 2

die dafür als Argumente die Entstehungsgeschichte und das deklarierte Ziel der Zahlungsverzugs-Richtlinie, vorbringt: Gläubiger seien vor einer absichtlichen Zahlungsverzögerung zu schützen, nicht aber sollen sie gegen die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gesichert sein. Dieses zuletzt genannte Argument findet sich auch bei *Knapp*, RabelsZ 63, 295 (326 f), der deswegen sogar dafür plädiert, auf eine Regelung des Eigentumsvorbehalts in der Zahlungsverzugs-Richtlinie ganz zu verzichten, weil die Insolvenzsicherung weit von der eigentlichen Zielrichtung der Richtlinie entfernt sei.

160 *Kieninger*, WM 1998, 2213 (2220); ebenso *Schlüter*, IHR 2001, 141 (149).

161 *Schmidt-Kessel*, NJW 2001, 97 (101); *Schlüter*, IHR 2001, 141 (149).

162 Österreich setzte die Zahlungsverzugs-Richtlinie in der Stammfassung mit dem Zinsenrechts-Änderungsgesetz (BGBl I 2002/118) um; nach den Gesetzesmaterialien bedarf Art 4 Abs 1 RL keiner eigenen Umsetzungsregel (ErläutRV 1167 BlgNR 21. GP 7).

163 Erläut zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks 14/6040, 83; *Heinrichs*, BB 2001, 157 (164); *Gsell*, ZIP 2000, 1861 (1875); *Schlüter*, IHR 2000, 141 (149); *Kieninger*, FS MPI 151 (152).

164 *Kieninger*, FS MPI 151 (insbesondere 165 f).

165 Deutlich in diesem Sinn etwa *Kieninger*, WM 1998, 2213 (2220), und *Schlüter*, IHR 2001, 141 (151).

166 *Kieninger*, WM 1998, 2213 (2220).

Z 9 RL neu). Für die hier interessierende Frage, ob der **einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt** sachenrechtlich wirksam ist, lässt sich daraus nichts gewinnen. Da die Zahlungsverzugs-Richtlinie lediglich Mindeststandards vorsieht, steht es den Mitgliedstaaten frei, dem einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt Wirksamkeit zuzuerkennen und damit eine Rechtslage beizubehalten (oder einzuführen), die für den Gläubiger/Vorbehaltsverkäufer günstiger ist als die zur Erfüllung der Richtlinie notwendigen Maßnahmen (Art 6 Abs 2 RL alt/ Art 10 Abs 3 RL neu). Ebenso wenig ist der Zahlungsverzugs-Richtlinie aber zu entnehmen, dass die Mitgliedstaaten den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt als sachenrechtlich unwirksam behandeln müssten.

b. Entstehungsgeschichte

1. Von Interesse sind im gegebenen Zusammenhang nicht nur der in Kraft getretene Richtlinientext und dessen Transformation in nationales Recht, sondern ebenso Entstehungsgeschichte und Vorentwürfe zur Zahlungsverzugs-Richtlinie. Den **ersten Richtlinienvorschlag**[167] legte die Kommission im Jahr 1998 vor; er enthielt folgende Regelung (Art 4 Abs 1 Satz 1 Vorschlag): „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß der Verkäufer das Eigentum behält, wenn er dem Käufer spätestens am Tag der Lieferung der Waren schriftlich den Eigentumsvorbehalt mitteilt." Nach dem Richtlinienvorschlag sollte es möglich sein, dass diese *Mitteilung des Eigentumsvorbehalts* „in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers, auf der Rechnung oder in einem Einzelvertrag [erfolgt]". Im ersten Richtlinienvorschlag hat die Kommission somit – nota bene! – die **Wirksamkeit** eines **einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts** ausdrücklich vorgesehen.

Dementsprechend sorgte der erste Richtlinienvorschlag in Österreich für Aufregung[168]: Um eine solche unionsrechtliche Vorgabe umzusetzen, müsse man **massiv in die heimische Rechtslage eingreifen**. Zwar stehe es den Parteien frei, den Eigentumsvorbehalt auch nach Kaufvertragsabschluss zu vereinbaren; komme jedoch keine derartige Vereinbarung zustande, so sei das Ergebnis strittig und die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts hänge davon ab, welchen Standpunkt man hinsichtlich des Zeitpunkts der dinglichen Einigung einnehme[169]. Doch selbst wenn man sich der Meinung anschließe, die dingliche Einigung liege nicht schon im Grundgeschäft, sondern komme erst bei Übergabe zustande, sodass ein einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt sachenrechtlich wirksam sei, bleibe fraglich, ob diese Interpretation den Vorgaben des Richtlinienvorschlags ausreichend Rechnung trage: Mag nämlich auch der ein-

---

167 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr KOM (1998) 126 endg, ABl EG C 168/13.

168 *B. Jud*, ecolex 1998, 683 (684 ff).

169 Zu diesem Meinungsstreit im Einzelnen oben 2. Kapitel § 1; S 11 ff und 2. Kapitel § 1 A.II; S 15 ff samt Nachweisen.

seitig erklärte Vorbehalt den sachenrechtlichen Erfolg der Eigentumsübertragung verhindern, so verhalte sich der Verkäufer mangels entsprechender Vereinbarung dennoch obligationswidrig, der Käufer könne den Verkäufer daher sofort auf Zustimmung in die Eigentumsübertragung in Anspruch nehmen. Intention des Richtlinienvorschlags sei es aber, dass das Eigentum dauerhaft – gemeint: bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung – beim Verkäufer bleibe, selbst wenn er den Eigentumsvorbehalt durch einseitige Erklärung („Mitteilung") begründet habe. Gebe man ihm bloß das Recht, durch einseitige Erklärung die sachenrechtliche Wirkung des Eigentumsübergangs zu vereiteln, entspreche dies nicht dem Richtlinienvorschlag; dem Verkäufer müsse es möglich sein, den Eigentumsvorbehalt rechtmäßig einseitig zu erklären[170]. Wolle man eine so verstandene Richtlinienvorgabe exakt umsetzen – schuldrechtlich wirksamer Eigentumsvorbehalt durch einseitige Erklärung –, erfordere dies einen enormen Eingriff in die Vertragsfreiheit. Österreichische Autoren[171] empfahlen daher – um Systembrüche möglichst zu vermeiden –, den Richtlinienvorschlag umzusetzen, indem man die von § 1063 ABGB angeordnete Rechtsfolge in ihr Gegenteil verkehrt: Beim Kreditkauf solle der Käufer das Eigentum im Zweifel nicht schon mit Übergabe der Sache vom Käufer erwerben[172]; zwar wäre damit über die Vorgaben des Richtlinienvorschlags hinausgeschossen, denn dieser verlange eine Vorbehaltserklärung des Verkäufers, doch entspreche dies nichtsdestotrotz den unionsrechtlichen Vorgaben, zumal der Richtlinienvorschlag bloß Mindeststandards vorsehe (Art 10 Abs 2 RL-Vorschlag).

2. Hätte das Europäische Parlament diesen ersten Richtlinienvorschlag der Kommission aus dem Jahr 1998 angenommen, wäre es in der Tat notwendig

---

170 Vgl aber für die deutsche Rechtslage *Kieninger*, WM 1998, 2213 (2219), die davon ausgeht, dass sich der bloß bedingt übereignende Verkäufer in der Regel nicht obligationswidrig verhält und daher der Richtlinienvorschlag mit der geltenden deutschen Rechtslage sehr wohl harmoniere.

171 Wiederum *B. Jud*, ecolex 1998, 683 (684 ff).

172 Eine solche Regelung stünde mit dem das Schuldrecht beherrschenden Zug-um-Zug-Prinzip (§ 1052 ABGB) in Einklang und könnte daher prima vista durchaus als eine systemkonforme Änderung der Rechtslage überlegt werden (generell befürwortend daher auch *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 452). Dass dennoch keine europäische Rechtsordnung diese Lösung verwirklicht hat, indem sie den Eigentumserwerb von der Erbringung der Gegenleistung abhängig macht (*Sagaert*, Transfer of Moveables 9 f mit weiteren Hinweisen, insbesondere auf eine gescheiterte Gesetzesinitiative in Frankreich), schürt allerdings gewisse Bedenken. Dagegen scheint zu sprechen, dass damit das für den Erwerb dinglicher Rechte grundsätzlich geforderte Publizitätsprinzip stark ausgehöhlt wäre, zumal der Rechtserwerb von einem Umstand abhinge (Kaufpreiszahlung), der für den Rechtsverkehr kaum erkennbar ist (*F. Bydlinski*, aaO 451). Allein hierin muss man meines Erachtens jedoch kein Hindernis sehen, zumal schon de lege lata anerkannt ist, dass man dingliche und insolvenzfeste Positionen durch Eigentumsvorbehalt sowie durch Übereignung im Wege des Besitzkonstituts begründen kann (zur Rechtfertigung dieses Verzichts auf Publizität im Lichte des Faustpfandprinzips eingehend unten 3. Kapitel § 4 C.IV; 293 ff).

gewesen, das österreichische Vertragsrecht ganz grundlegend umzukrempeln oder – wie im Schrifttum vorgeschlagen – zumindest § 1063 ABGB in sein Gegenteil umzukehren. Zu dieser Schwierigkeit hätte sich noch eine weitere Herausforderung für den österreichischen – und viele andere nationale – Gesetzgeber gesellt: Denn nach Art 4 RL-Vorschlag sollte die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts lediglich voraussetzen, dass der Verkäufer „**spätestens am Tag der Lieferung** der Waren schriftlich den Eigentumsvorbehalt **mitteilt**." Damit verlangte der Richtlinienvorschlag eben gerade *nicht*, dass die Erklärung des Eigentumsvorbehalts *spätestens bei* Übergabe erfolgt; vielmehr ließ der Wortlaut eine Mitteilung *nach* Übergabe genügen, sofern diese nur am selben Tag wie die Lieferung der Waren erfolgte[173]. Eine solche Möglichkeit, den Eigentumsvorbehalt noch *nach Übergabe* zu begründen – mag dies auch am selben Tag erfolgen –, wäre mit der österreichischen und mit jenen Sachenrechtsordnungen unvereinbar gewesen, die eine publizitätslose Sicherungsübereignung ablehnen[174]. Auch unter diesem Aspekt hätte es also gravierender Eingriffe in die österreichische Privatrechtsordnung bedurft, um den ersten Richtlinienvorschlag umzusetzen.

3. Der erste Richtlinienvorschlag der Kommission wurde – wie erwähnt – nicht verabschiedet. Noch im selben Jahr (1998) legte die Kommission als Reaktion auf Kritik aus der Wissenschaft einen **geänderten Richtlinienvorschlag**[175] vor. Die wesentliche Neuerung bestand darin, dass die Mitgliedstaaten zudem dafür Sorge tragen sollten, „daß der Eigentumsvorbehalt auch Dritten gegenüber durchgesetzt werden kann" (Art 4 Abs 3 geänderter RL-Vorschlag). Der geänderte Richtlinienvorschlag änderte ferner die Möglichkeit, den Eigentumsvorbehalt einseitig zu erklären. Für die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts sollte nun nicht mehr die Mitteilung am Tag der Lieferung genügen; stattdessen verlangte der geänderte Richtlinienvorschlag, dass „eine Eigentumsvorbehaltsklausel vereinbart" wurde: „Eine solche Vereinbarung kann in einem Einzelvertrag erfolgen, ist aber auch dann als gültig anzusehen, wenn eine Eigentumsvorbehaltsklausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers, auf der Rechnung oder auf Lieferunterlagen, die die Güter begleiten, enthalten ist, die der Käufer spätestens bei Lieferung erhalten hat und gegen die er keinen Einspruch erhoben hat."

Zum einen beseitigte der geänderte Richtlinienvorschlag also die im ersten Richtlinienvorschlag noch explizit eingeräumte Möglichkeit, den Eigentumsvorbehalt einseitig, nämlich durch „Mitteilung" zu begründen; erforderlich sollte nun eine **Vereinbarung** sein. Für den Fall, dass der Verkäufer eine entsprechende Erklärung auf Rechnungen und ähnlichen Dokumenten platzierte

173 Dies streicht auch *Kieninger*, WM 1998, 2213 (2219), hervor.
174 *Kieninger*, WM 1998, 2213 (2219).
175 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr KOM (1998) 615 endg, ABl EG C 374/4.

und der Käufer dazu schwieg, sollte aber offensichtlich eine **Genehmigungsfiktion** vorgesehen sein. Zum anderen schloss es der geänderte Richtlinienvorschlag aus, dass die Parteien den Eigentumsvorbehalt nachträglich (nach Übergabe) begründen konnten; denn nach den Vorgaben des Richtlinienvorschlags sollte Voraussetzung sein, dass die Vorbehaltsklausel dem Käufer **spätestens bei Lieferung** der Ware zugegangen war.

4. Auch im weiteren Verlauf der Richtliniengenese blieb die Regelung des **Eigentumsvorbehalts kontrovers**[176]. Darauf näher einzugehen, besteht im gegebenen Zusammenhang jedoch keine Notwendigkeit[177]. Der schließlich angerufene Vermittlungsausschuss (heute: Art 294 Abs 10 AEUV) formulierte die endgültige und eingangs[178] dargestellte Fassung des Normtextes. Aus dem Blick auf seine Entstehungsgeschichte lässt sich die Erkenntnis ziehen, dass es die Kommission ursprünglich durchaus in Betracht gezogen hat, den Mitgliedstaaten vorzuschreiben, einen Eigentumsvorbehalt ebenso dann anzuerkennen, wenn ihn der Verkäufer durch **einseitige Erklärung begründet** hat. So wie manch andere Regelungsfrage rund um die Sicherung des Kaufpreises durch Eigentumsvorbehalt erwies sich dieses Vorhaben aber als **nicht konsensfähig**. Die zum Eigentumsvorbehalt verabschiedete Richtlinienregelung ist daher als eine Kompromissformel anzusehen: Zugunsten des kleinsten gemeinsamen Nenners hatte man es aufgeben, ein klares Regelungskonzept umzusetzen. In den Mitgliedstaaten war auf Grund spontaner Rechtsangleichung aber ohnehin bereits eine Rechtslage gewachsen, die den Richtlinienvorgaben entsprach[179]. Die Zahlungsverzugs-Richtlinie bewirkte somit **keine nennenswerte Rechtsvereinheitlichung** des Eigentumsvorbehalts.

3. Europäische Insolvenzverordnung

1. Ansätze einer Rechtsvereinheitlichung mit Fokus auf den Eigentumsvorbehalt schimmern auch in der Europäischen Insolvenzverordnung durch. Ihre Stammfassung[180] trat 2002 in Kraft. Im Jahr 2015 wurde eine Neufassung der

---

176 Siehe dazu die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr, ABl EG C 407/50, den Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr 36/1999 vom Rat festgelegt am 29. Juli 1999 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie 1999/…/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom … zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl EG C 284/1, sowie die Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlaß einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, Sitzungsprotokoll vom 16. Dezember 1999, ABl EG C 296/173.

177 Weiterführend zur Entstehungsgeschichte *Kieninger*, FS MPI 151 (159 f).

178 Oben 2. Kapitel § 2 B.I.2.a; S 33 ff.

179 Dazu oben 2. Kapitel § 2 A; S 25 bei und in FN 118.

180 VO (EG) 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über das Insolvenzverfahren; anzu-

EuInsVO verabschiedet[181]. In beiden Fassungen enthält die EuInsVO **Sonderregeln** zum **Eigentumsvorbehalt** (Art 7 EuInsVO 2000/Art 10 EuInsVO 2015), die deckungsgleich sind.

Die Anwendung der EuInsVO setzt generell voraus, dass sich der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen[182] des Schuldners in einem Mitgliedstaat befindet (ErwGr 14 2000/ErwGr 25 2015) und dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt, also **kein reiner Binnensachverhalt** vorliegt[183]. Für die Regelung des Eigentumsvorbehalts ergibt sich dies unmittelbar aus dem Normwortlaut (Art 7 EuInsVO 2000/Art 10 EuInsVO 2015)[184]. Angesichts dieser Tatbestandsvoraussetzung ist der **Anwendungsbereich** der Sonderregel für den Eigentumsvorbehalt bei **Käuferinsolvenz** in praxi **eng**[185]: Damit der erforderliche grenzüberschreitende Sachverhalt vorliegt, muss sich der Belegenheitsort[186] des Vorbehaltsguts bei Insolvenzeröffnung in einem anderen Mitgliedstaat befinden als dem Staat, vor dessen Gerichten das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet worden ist (*Eröffnungsstaat*; Art 7 Abs 1 EuInsVO 2000/Art 10 EuInsVO 2015). Eine solche Situation wird nicht besonders oft anzutreffen sein, denn Hauptvorteil der Kreditsicherung durch Eigentumsvorbehalt ist gerade, dass der Vorbehaltskäufer/Schuldner das Sicherungsgut nutzen kann; dieses wird sich in aller Regel daher beim Vorbehaltskäufer befinden[187]. Zur Eröffnung des Hauptverfahrens sind die Gerichte jenes Mitgliedstaates zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat (Art 3 Abs 1 Satz 1 EuInsVO 2000/Art 3

wenden auf Gesamtvollstreckungsverfahren, die nach dem 31. Mai 2002 eröffnet wurden (Art 43 EuInsVO). Zu ihrer bis ins Jahr 1959 zurückreichenden Entstehungsgeschichte eingehend *Morscher*, EuInsVO 14 f.

181 VO (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren; anzuwenden auf Insolvenzverfahren, die nach dem 26. Juni 2017 eröffnet wurden; Art 84 Abs 1 EuInsVO neu.

182 Als Interessensmittelpunkt soll jener Ort gelten, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und damit für Dritte feststellbar ist; zentrales Anliegen ist also die „Feststellbarkeit für „Dritte“. Bedeutung haben dabei unter anderem Kriterien wie die Unternehmensleitung oder die organisatorische Ausstattung (Verwaltungsstrukturen) beziehungsweise die wichtigsten Geschäftsführungsmaßnahmen und bei natürlichen Personen der gewöhnliche Aufenthaltsort beziehungsweise Wohnort oder Arbeitsort (RIS-Justiz RS0121445; siehe auch OLG Linz 2 R 202/06y in ZIK 2007, 103/185).

183 Diese allgemeine Voraussetzung ist der EuInsVO nicht unmittelbar zu entnehmen, ergibt sich aber aus dem international-privatrechtlichen Charakter der EuInsVO; siehe etwa *Reinhart* in MünchKomm-InsO[4] Art 1 EuInsVO Rz 26; *Morscher*, EuInsVO 19.

184 Argumento: „… wenn sich die Sache […] im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates als dem der Verfahrenseröffnung befindet.“

185 *Kindler* in MünchKomm-BGB[8] Art 10 EuInsVO Rz 7; *Morscher*, EuInsVO 39.

186 Belegenheitsort ist jener Mitgliedstaat, in dessen Gebiet der Gegenstand belegen ist (Art 2 lit g EuInsVO 2000/Art 2 Z 9 EuInsVO 2015).

187 So etwa *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2 (6); *Maderbacher* in Konecny, Insolvenzgesetze Art 10 EuInsVO 2015 Rz 5; *Duursma-Kepplinger/Duursma*, wbl 2002, 59 (65).

Abs 1 Satz 1 EuInsVO 2015). Die Sache wird sich daher durchwegs im Eröffnungsstaat befinden; damit fehlt es meist am grenzüberschreitenden Element, sodass die EuInsVO *nicht anzuwenden* ist.

2. In den – eher seltenen – Fällen, in denen die Sonderregel zum Eigentumsvorbehalt in der Käuferinsolvenz doch eingreift, lässt die Insolvenzeröffnung „die Rechte des Verkäufers aus einem **Eigentumsvorbehalt unberührt**" (Art 7 Abs 1 EuInsVO 2000/Art 10 Abs 1 EuInsVO 2015). Der Sache nach handelt es sich dabei um eine Ausnahme beziehungsweise Sonderregel im Verhältnis zur allgemeinen Kollisionsnorm der EuInsVO (Art 4 Abs 1 EuInsVO 2000/Art 1 Abs 1 EuInsVO 2015)[188]; danach findet auf alle Fragen des Insolvenzverfahrens grundsätzlich das Recht des Eröffnungsstaats Anwendung (*lex fori concursus* oder *Insolvenzstatut*). Diese allgemeine Anknüpfungsregel der EuInsVO ist durchbrochen, soweit Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt zu beurteilen sind: Sie bleiben von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens „unberührt". Ebenso wie für sonstige dingliche Rechte Dritter (Art 5 EuInsVO 2000/Art 8 EuInsVO 2015) setzt die EuInsVO also die universellen Wirkungen des Hauptinsolvenzverfahrens betreffend Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt partiell außer Kraft[189]. Deklarierter Zweck dieser Ausnahme ist es, die Interessen und das Vertrauen des Wirtschaftsverkehrs zu schützen (ErwGr 24 2000/ErwGr 67 2015)[190].

Klar werden Regelungsgehalt und Funktionsweise des eben skizzierten Insolvenzstatuts einerseits sowie der dazu für den Eigentumsvorbehalt und für sonstige dingliche Rechte festgelegten Ausnahmen andererseits erst, wenn man sie vor die Folie der **allgemeinen Anknüpfungsregeln** des Internationalen Privatrechts spannt: Nach der sogenannten **situs-Regel** (*lex rei sitae*), die – wie erwähnt[191] – in nahezu allen entwickelten Rechtsordnungen umgesetzt ist, entscheidet der Belegenheitsort einer körperlichen Sache darüber, welchem Recht Erwerb und Verlust dinglicher Rechte daran unterliegen. Sind diese Rechte von einer Insolvenz betroffen – beispielsweise im Zuge der Verwertung von Kreditsicherheiten –, richten sich die insolvenzbedingten Modifikationen jedoch nach dem jeweiligen **Insolvenzstatut**; im Anwendungsbereich der EuInsVO gilt hierfür also nicht die allgemeine situs-Regel, sondern das Insolvenzstatut (Art 4 Abs 1 EuInsVO 2000/Art 7 Abs 1 EuInsVO 2015) oder allenfalls die insolvenzrechtliche Sonderanknüpfung für den Eigentumsvorbehalt oder sonstige dingliche Rechte. Dementsprechend kann es betreffend ein und dasselbe

188 *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht Rz 92; *Nerlich/Hübler* in Nerlich/Römermann, InsO Art 10 EuInsVO Rz 2; *Morscher*, EuInsVO 38; *Duursma-Kepplinger/Duursma*, wbl 2002, 59 (64).

189 *Nerlich/Hübler* in Nerlich/Römermann, InsO Art 10 EuInsVO Rz 10.

190 Siehe auch *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht Rz 112; *Kindler* in MünchKomm-BGB[8] Art 10 EuInsVO Rz 3; *Paulus*, EuInsVO[6] Art 10 Rz 1; *Nerlich/Hübler* in Nerlich/Römermann, InsO Art 10 EuInsVO Rz 1.

191 Oben S 26 bei und in FN 110.

dingliche Recht an ein und derselben Sache zu unterschiedlichen Anknüpfungen kommen – je nachdem, ob die zu lösende Rechtsfrage (bereits) von der Insolvenz berührt ist oder nicht[192]: Hat der Schuldner einem Gläubiger Vermögensgegenstände zur Sicherung übereignet, ist die Frage, ob der Gläubiger daran Eigentum erworben hat, als Vorfrage selbständig nach der *lex rei sitae* zu prüfen. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger eine Sache, an der Sicherungsrechte bestehen, in der Insolvenz herausverlangen und verwerten kann, ist hingegen nach den im Insolvenzkollisionsrecht[193] vorgesehenen Verweisungen zu bestimmen (Art 4 Abs 2 lit b EuInsVO 2000/Art 7 Abs 2 lit b EuInsVO 2015); im Anwendungsbereich der EuInsVO somit nach der *lex fori concursus* oder nach den Sonderregeln für dingliche Rechte Dritter beziehungsweise für den Eigentumsvorbehalt.

Mit Blick auf den **Eigentumsvorbehalt** in der Insolvenz folgt daraus zusammengefasst: Ob der Eigentumsvorbehalt **wirksam begründet** wurde, ist eine Vorfrage; das für ihre Prüfung maßgebliche Recht gibt das allgemeine (verordnungsunabhängige) Internationale Privatrecht des Gerichts-/Insolvenzeröffnungsstaats vor[194]. Die schuldrechtlichen Wirkungen und Voraussetzungen des Eigentumsvorbehalts – insbesondere die gültige Vereinbarung der Vorbehaltsklausel im Kaufvertrag – unterliegen dem Vertragsstatut; die sachenrechtlichen Wirkungen und Voraussetzungen werden durch das Sachstatut bestimmt, das nach der situs-Regel auf das Recht des Belegenheitsorts im Zeitpunkt der Vollendung des Sachverhalts verweist, der der Rechtsbegründung zugrunde liegt[195]. In der Insolvenz wären **Aussonderungs- und Verwertungsmöglichkeiten** hinsichtlich des Vorbehaltsguts an sich nach der *lex fori concursus* zu beurteilen (Art 4 EuInsVO 2000/Art 7 EuInsVO 2015), grundsätzlich also nach dem Recht des Eröffnungsstaats. Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt sind davon aber „unberührt" (Art 7 Abs 1 EuInsVO 2000/ Art 10 Abs 1 EuInsVO 2015). Nach welchem Recht die Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt zu prüfen sind, hängt dann davon ab, ob am Belegenheitsort des Vorbehaltsguts ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet wurde oder

192 Dazu und zum Folgenden *Reinhart* in MünchKomm-InsO[4] Art 7 EuInsVO Rz 3 ff.

193 Im Einzelnen ist umstritten, ob es sich bei Art 7 EuInsVO 2000/Art 10 EuInsVO 2015 um eine Kollisionsnorm oder um eine Sachnorm handelt (*Kindler* in MünchKomm-BGB[8] Art 10 EuInsVO Rz 9 mit weiteren Hinweisen).

194 *Duursma-Kepplinger/Duursma*, wbl 2002, 59 (64); *Nerlich/Hübler* in Nerlich/Römermann, InsO Art 10 EuInsVO Rz 6; *Morscher*, EuInsVO 38.

195 *Kindler* in MünchKomm-BGB[8] Art 10 EuInsVO Rz 5. Eine explizit für den Eigentumsvorbehalt vorgesehene Ausnahme von dieser Regel enthält jedoch etwa Art 103 des Schweizer IPRG, wonach der Eigentumsvorbehalt an einer zur Ausfuhr bestimmten beweglichen Sache nicht der *lex rei sitae* untersteht, sondern dem Recht des Bestimmungsstaates. Eine ähnliche Ausnahmeregelung wurde etwa auch in Zusammenhang mit der deutschen Regelung des Art 43 Abs 1 EGBGB vorgeschlagen; *Drobnig*, RabelsZ 38, 468 (479 f).

nicht[196]. Ein solches Verfahren ist möglich, wenn der Schuldner auch noch in einem anderen Mitgliedstaat als jenem seiner hauptsächlichen Interessen eine Niederlassung hat; die Wirkungen eines dort eröffneten Sekundärinsolvenzverfahrens sind auf das im Gebiet dieses Mitgliedstaates belegene Vermögen beschränkt (Art 3 Abs 2 EuInsVO 2000/Art 3 Abs 2 EuInsVO 2015). Wird ein solches **Sekundärinsolvenzverfahren** am Belegenheitsort des Vorbehaltsgutes eröffnet, ist das Vorbehaltsgut dadurch der Masse des Hauptinsolvenzverfahrens entzogen und der Masse des Sekundärinsolvenzverfahrens zugeordnet. Im Sekundärinsolvenzverfahren ist das Recht des Eröffnungsstaats anzuwenden (Art 28 EuInsVO 2000/Art 35 EuInsVO 2015), also das Recht des Belegenheitsorts des Vorbehaltsguts[197].

Die Sonderregel, wonach die Rechte des Verkäufers aus dem Eigentumsvorbehalt „unberührt" bleiben (Art 7 Abs 1 EuInsVO 2000/Art 10 Abs 1 EuInsVO 2015), greift demnach nur, wenn am Belegenheitsort des Vorbehaltsguts **kein Sekundärinsolvenzverfahren** eröffnet wird. Was daraus im Einzelnen abzuleiten ist, erscheint ungeklärt[198]: Nach einer Auffassung sind die Sicherungsrechte von den Auswirkungen der Insolvenzeröffnung in einem anderen Mitgliedstaat zur Gänze freigestellt; somit schränken weder die Regelungen der *lex fori concursus* (Art 4 EuInsVO) noch die Bestimmungen, die das Insolvenzrecht des Lageortstaats vorsieht, die Möglichkeit ein, Aussonderungs- oder Absonderungsrechte geltend zu machen. Nach anderer Ansicht schützt die Sonderregel für den Eigentumsvorbehalt nur vor jenen Eingriffen in Sicherungsrechte des Vorbehaltsverkäufers, die sich aus der *lex fori concursus* ergeben, nicht aber vor Nachteilen, die das Insolvenzrecht des Lageortstaats vorsieht[199]. Diese Kontroverse näher zu bewerten, bedarf es im Rahmen der hier interessierenden Fragestellungen aber nicht.

3. Auch ohne abschließend dazu Stellung zu nehmen, welche Reichweite den Ausnahmebestimmungen der EuInsVO für den Eigentumsvorbehalt zukommt, lässt sich ein Resümee ziehen und zweierlei als Ergebnis festhalten: Zum einen fällt auf, dass die Redaktoren der EuInsVO ebenso wie jene der Zahlungsverzugs-Richtlinie[200] die Position des Vorbehaltsverkäufers ihrem Wesen nach **nicht als ein dingliches Recht** angesehen haben. Das bringt die EuInsVO zum Ausdruck, indem sie eigens regelt, wie der Eigentumsvorbehalt

196 *Maderbacher* in Konecny, Insolvenzgesetze Art 10 EuInsVO 2015 Rz 12.

197 In diesem Sekundärinsolvenzverfahren ist die Ausnahmebestimmung des Art 10 EuInsVO nicht anzuwenden, weil sich das Vorbehaltsgut aus dem Blickwinkel dieses Eröffnungsgerichts nicht in einem anderen Mitgliedstaat befindet; *Maderbacher* in Konecny, Insolvenzgesetze Art 10 EuInsVO 2015 Rz 13.

198 Siehe dazu *Maderbacher* in Konecny, Insolvenzgesetze Art 10 EuInsVO 2015 Rz 15 ff.

199 *Maderbacher* in Konecny, Insolvenzgesetze Art 8 EuInsVO 2015 Rz 43 ff mit weiteren Hinweisen zum Meinungsstand.

200 Dazu oben S 34 f bei und in FN 159.

insolvenzrechtlich zu behandeln ist, obwohl sie ohnehin eine Vorschrift betreffend dingliche Rechte Dritter enthält (Art 5 EuInsVO 2000/Art 8 EuInsVO 2015)[201]; diese Sondervorschrift für dingliche Rechte Dritter ist daher nicht auf den Eigentumsvorbehalt anzuwenden[202].

Zum anderen hat die Analyse hervorgebracht, dass die EuInsVO das Ziel der Rechtsvereinheitlichung in Bezug auf den Eigentumsvorbehalt *nicht durch Harmonisierung von Sachnormen* verfolgt. Vielmehr versucht der europäische Normgeber, dem Vertrauensschutzbedürfnis des Wirtschaftsverkehrs[203] gerecht zu werden, indem er **Kollisionsnormen vereinheitlicht**. Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt sind demnach grundsätzlich nach dem Recht des Belegenheitsortes des Vorbehaltsgutes geltend zu machen: Nämlich entweder infolge Anknüpfung an die *lex fori concursus* jenes Mitgliedstaats, in dem sich das Vorbehaltsgut befindet und in dem ein Sekundärinsolvenzverfahren (Art 3 Abs 2 EuInsVO 2000/Art 3 Abs 2 EuInsVO 2015) eröffnet wurde (Art 28 EuInsVO 2000/Art 35 EuInsVO 2015); oder – ohne Sekundärinsolvenzverfahren – auf Grund der allgemeinen sachen- beziehungsweise insolvenzrechtlichen Anknüpfung an das Recht des Belegenheitsortes.

Im **Ergebnis** zeigt sich, dass die EuInsVO – wie die Zahlungsverzugs-Richtlinie[204] – **keine Rechtsvereinheitlichung** dazu bewirkt hat, wie die Drittwirkungen des Eigentumsvorbehalts und die Voraussetzungen seiner Begründung zu beurteilen sind[205].

4. Draft Common Frame of Reference

a. Allgemeines zum DCFR und zur Regelung des Eigentumsvorbehalts

1. Im Jahr 2008 wurde ein vorläufiger Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens (GRR) für das Europäische Privatrecht (*Draft Common Frame of Reference Interim Outline Edition* – DCFR IOE) vorgelegt[206]; 2009 wurde dieser vorläufige Entwurf um weitere Teile ergänzt und überarbeitet (*Draft Common Frame of Reference Outline Edition* – DCFR)[207]. Diese Regelwerke sind das

201 *Maderbacher* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze Art 10 EuInsVO 2015 Rz 2; *Nerlich/Hübler* in Nerlich/Römermann, InsO Art 10 EuInsVO Rz 1; *Kindler* in MünchKomm-BGB[8] Art 10 EuInsVO Rz1; *Morscher*, EuInsVO 38.

202 *Reinhart* in MünchKomm-InsO[4] Art 8 EuInsVO Rz 1. Für eine Subsumtion der Sonderformen des Eigentumsvorbehalts unter Art 5 EuInsVO 2000/Art 8 EuInsVO 2015 spricht sich allerdings *Duursma-Kepplinger* in Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO Art 7 Rz 43, aus.

203 Oben S 41 bei und in FN 190.

204 Dazu oben 2. Kapitel § 2 B.I.2; S 33 ff.

205 Siehe etwa *Paulus*, EuInsVO[6] Art 10 Rz 2.

206 *Von Bar/Clive/Schulte-Nölke/Beale/Herre/Huet/Schlechtriem/Storme/Swann/Varul/Veneziano/Zoll*, DCFR IOE.

207 *Von Bar/Clive/Schulte-Nölke/Beale/Herre/Huet/Storme/Swann/Varul/Veneziano/Zoll*, DCFR OE.

Produkt der Arbeiten zweier Gruppen von Rechtswissenschaftern und deren akademischer Beitrag zum europäischen **Rechtsvereinheitlichungsprozess**: der *Study Group on a European Civil Code* und der *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*[208]. Auftraggeber war die Europäische Kommission, die im Jahre 2003 den Begriff des Common Frame of Reference (CFR) erstmals verwendete[209] und erklärte, diesen gleichsam als „Werkzeugkasten" für künftige Gesetzgebungsakte im Bereich des Vertragsrechts verwenden zu wollen[210].

2. Der DCFR gliedert sich in zehn Bücher und einen aus Begriffsdefinitionen bestehenden Anhang. Sein **IX. Buch** enthält Regelungen zu den dinglichen Sicherungsrechten an beweglichen Sachen (*proprietary security in moveable assets*). Der Eigentumsvorbehalt (**retention of ownership device**) ist darin explizit geregelt[211]; ihm sind auch verschiedene andere Sicherungsmodelle pauschal gleichgestellt (IX.–1:103 para 2 DCFR)[212].

Der DCFR sieht davon ab, die **Rechtsfolgen** einer Sicherung durch *retention of ownership devices* separat zu regeln. Vielmehr beschränkt er sich darauf, ihre Wirkungen festzulegen, indem er auf die für Sicherungsrechte (*security rights*) allgemein geltenden Regelungen verweist (IX.–1:104 para 1 DCFR). Dass neben den allgemeinen Sicherungsrechten die Möglichkeit eines Eigentumsvorbehalts eigens vorgesehen wird, begründen die Erläuterungen mit den Unterschieden, die die nationalen Rechtsordnungen bei der Behandlung von Eigentumsvorbehalt und sonstigen Mobiliarsicherungsrechten in Insolvenz und Exekution aufweisen[213]; dennoch erscheine es im Hinblick auf die Rege-

208 Näheres zu den Zielen und Zwecken des DCFR bei *Von Bar/Clive/Schulte-Nölke/Beale/Herre/Huet/Storme/Swann/Varul/Veneziano/Zoll*, DCFR OE 3 ff. Aus dem umfangreichen (und teilweise sehr kritischen) Schrifttum siehe statt vieler nur *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529 (529 ff); *Jansen/Zimmermann*, NJW 2009, 3401 (3401 ff); *Zimmermann*, EuZW 2009, 219 (219 ff).

209 Vgl die Mitteilung der Kommission an des Europäische Parlament und den Rat KOM (2003) 68 endg: Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan.

210 Vgl etwa die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat KOM (2004) 351 endg: Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen (S 6: „unverbindliches Instrument"). Zu den anderen von der Kommission vorgeschlagenen möglichen Optionen für eine Rechtsangleichung im europäischen Privatrecht und dem Stellenwert des DCFR siehe überblicksartig *Prantl*, ZfRV 2010, 72 (73 mit weiteren Hinweisen).

211 Zur Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen eingehend samt Hintergrundinformationen *Faber*, JBl 2012, 424 (424).

212 Dazu zählen die im englischsprachigen Rechtsraum verbreiteten, sogenannten *contracts of hire-purchase* (näher *von Bar/Clive*, DCFR IX.–1:103 comments C [S 5399]), das Finanzierungsleasing und die in den skandinavischen Rechtsordnungen zu Sicherungszwecken eingesetzten Kommissionsgeschäfte (*contract of consignment;* näher *von Bar/Clive*, DCFR IX.–1:103 comments C [S 5400]).

213 *Von Bar/Clive*, DCFR IX.–1:103 comments B (S 5397 f) und IX.–1:104 comments A (S 5401).

lungstechnik vorzugswürdig, für die Frage seiner rechtlichen Konstruktion und seines Verhältnisses zu konkurrierenden Sicherungsrechten im Grundsatz die Vorschriften zu den allgemeinen Sicherungsrechten zu übernehmen[214].

b. Einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt unter dem Regime des DCFR

1. Wirksamkeit und Behandlung des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts regelt der DCFR nicht. Als Ansatzpunkt liegt es nahe, in erster Linie die Regelungen über die **Begründung** des einfachen Eigentumsvorbehalts heranzuziehen. Für die Behandlung des Eigentumsvorbehalts bedient sich der DCFR – wie gezeigt – einer sehr weitgehenden Verweisungstechnik. Für seine Begründung finden sich dann aber *speziell zugeschnittene, eigenständige Bestimmungen*, denn die Vorschriften über die Begründung der dinglichen Sicherungsrechte sind auf den Eigentumsvorbehalt nämlich *nicht* anzuwenden[215]. Der DCFR stellt dafür unter der Überschrift *Creation of retention of ownership devices* folgende Voraussetzungen auf (IX.–2:201 DCFR):

Der Veräußerer muss Eigentümer des Vorbehaltsguts sein oder mit dessen Verfügungsbefugnis handeln (*ownership of supplied assets or authorisation by owner*). Das Vorbehaltsgut ist in der Sicherungsvereinbarung zu **spezifizieren** (*specification of the supplied asset in contract for proprietary security*) und die zu sichernde Forderung muss existieren (*existence of the secured right*). Ferner muss der Veräußerer sein **Eigentum zurückhalten** (*ownership is retained*); diese Voraussetzung ist auch dann erfüllt, wenn der Veräußerer das Eigentumsrecht zwar überträgt, diese Übertragung jedoch von der **aufschiebenden Bedingung** abhängt, dass der Erwerber die Gegenleistung vollständig erfüllt; dies deckt sich mit der österreichischen Auffassung zum Konstrukt des Eigentumsvorbehalts. Beim Eigentumsvorbehalt handelt es sich nach der Legaldefinition des DCFR um einen Sonderfall eines Sicherungsrechts, nämlich um eine sogenannte *acquisition finance device* (IX.–1:201 DCFR); daher ist das Sicherungs-

214 *Von Bar/Clive*, DCFR IX.–1:104 comments A (S 5401). Dementsprechend ordnet die Verweisungsnorm (IX.–1:104 DCFR) an, dass Übertragbarkeit, Bestehen und Bestimmbarkeit (IX.–2:104 DCFR: *transferability, existence, specification*), Begründung (IX.–2:301 bis 2:308 DCFR: *creation of security rights*) und Umfang der Sicherung (IX.–2:401 DCFR: *coverage of security*) durch die jeweiligen Bestimmungen über *security rights* geregelt werden. Gleiches gilt für die absolute Wirkung (IX.–3:101 bis 3:333 DCFR: *effectiveness as against third persons*) und den Rang der Sicherheit (IX.–4:101 bis 108 DCFR: *priority*), das Erlöschen der Sicherheit (IX.–6:101 bis 106 DCFR: *termination*), die Rechte und Pflichten vor Fälligkeit der gesicherten Forderung (IX.–5:101 bis 5:401 DCFR: *predefault rules*) sowie die Rechte des gesicherten Gläubigers nach Fälligkeit (IX.–7:101 bis 109 DCFR: *default and enforcement – general rules*).

215 Vgl *von Bar/Clive*, DCFR IX.–2:201 comments A (S 5449). Dies ergibt sich aus der Verweisungsnorm des IX.–1:104 DCFR, wo aus Chapter 2 Section 1 (*Creation of security rights*) lediglich IX.–1:204 DCFR als anwendbar bezeichnet wird.

recht überdies in ein **Register einzutragen**, wenn ihm absolute Wirkung zukommen soll (IX.–3:107 sowie IX.–3:303 DCFR)[216].

2. Der Normtext des DCFR enthält damit **keine eindeutige Aussage** dazu, ob der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt wirksam ist. Ebenso wenig lässt sich den Erläuterungen zum DCFR entnehmen, welche Rechtsfolgen in einer solchen Konstellation eingreifen sollen.

Ein Indiz für den Standpunkt des DCFR in dieser Frage lässt sich den einschlägigen Regelungen aber wohl immerhin mittelbar entnehmen. Hier sticht IX.–2:201 para 1(b) DCFR ins Auge: Danach setzt die wirksame Begründung voraus, dass das Vorbehaltsgut in der **Sicherungsvereinbarung** (*contract for proprietary security*) bestimmt (*specified*) wird. Muss das Vorbehaltsgut also *in der Sicherungsvereinbarung* spezifiziert sein, ist es ein allgemeines Erfordernis für die Begründung des Eigentumsvorbehalts, dass eine Vereinbarung (*contract*) mit entsprechendem Inhalt zustandekommt. Fehlt es an einem solchen zweiseitigen Rechtsgeschäft, weil der Veräußerer bloß *einseitig* erklärt, das Eigentum solle nicht übergehen, ist somit eine der Voraussetzungen für die Begründung des Eigentumsvorbehalts nicht erfüllt[217]. Die Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts wäre nach dem Konzept des DCFR somit im Ergebnis generell abzulehnen.

3. Die Erläuterungen zum DCFR bestätigen dieses Ergebnis in anderem Zusammenhang: Das **VIII. Buch** des DCFR regelt **Eigentumserwerb** und -verlust (*acquisition and loss of ownership of goods*). Voraussetzung der Eigentumsübertragung ist, dass die Sache existiert und verkehrsfähig ist, dass der Veräußerer Eigentümer oder verfügungsbefugt ist und dass ein auf Eigentumserwerb gerichteter Titel vorliegt (VIII.–2:101 DCFR). Zudem muss zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eine Einigung über den Zeitpunkt der Eigentumsübertragung zustande kommen. In den überaus umfangreichen Materialien wird unter anderem die Frage diskutiert, ob es sich empfiehlt, als Erfordernis des Eigentumsübergangs auch eine **dinglichen Einigung** (*real agreement*) zu verlangen. Die Materialien halten dies im Ergebnis **nicht für sinnvoll** und ebenso wenig für notwendig; die Ablehnung der Lehre von der dinglichen Einigung solle dadurch zum Ausdruck kommen, dass der Normtext hinsichtlich dieser Voraussetzung schweigt[218]. Als Argument für diesen Verzicht auf die dingliche Einigung führen die Materialien insbesondere die Behandlung des **Eigentumsvorbehalts** ins Treffen: Zwar sei einzuräumen, dass die Möglichkeit, den Eigentumsvorbehalt dogmatisch konsequent zu konstruieren, einen

216 Siehe auch *von Bar/Clive*, DCFR IX.–2:301 comments C (S 5432) sowie IX.–3:303 comments (S 5500 f).

217 Diese Schlussfolgerung findet sich auch in den Erläuterungen zum DCFR selbst an anderer Stelle: *von Bar/Clive*, DCFR VIII.–2:101 comments D(b) (S 4419).

218 *Von Bar/Clive*, DCFR VIII.–2:101 comments D(a) (S 4417).

bedeutenden Vorteil der Lehre von der dinglichen Einigung bildet[219] (präziser formuliert kommt es wohl auf die Anerkennung des *Trennungsprinzips* an[220]). Die Materialien halten es aber dennoch für möglich, auf die dingliche Einigung zu verzichten, ohne dadurch das Instrument des Eigentumsvorbehalts aufgeben zu müssen: Rechtsvergleichende – in den Materialien jedoch nicht näher dargelegte – Betrachtungen hätten nämlich gezeigt, dass Rechtsordnungen, die das Institut der dinglichen Einigung *nicht* übernommen haben, ebenso geeignete Ansätze entwickelt hätten, um eine Kreditsicherung durch Eigentumsvorbehalt dogmatisch schlüssig zu erklären[221].

Die Materialien zum DCFR gehen[222] vielmehr davon aus, dass die Lehre von der dinglichen Einigung Nachteile mit sich bringt; sie sei nämlich **Einfallstor für den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt** (sollte man deren Zustandekommen mit dem Zeitpunkt der Übergabe ansetzen): Zwar sei es eine rechtspolitische Entscheidung, ob man die Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts als wünschenswert erachte, die Redaktoren schätzen eine solche Möglichkeit jedoch als nicht vorteilhaft ein, weil sie die Gefahr in sich trage, dass dem Veräußerer und dessen Gläubigern ein unangemessen starker Schutz zuteilwerde. Um diese Nachteile zu vermeiden, nehme der DCFR davon Abstand, die dingliche Einigung einzuführen.

4. Zumindest in seinen Erläuterungen bezieht der DCFR somit – wenngleich an unerwarteter Stelle – klar zum einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt Stellung, und zwar im ablehnenden Sinn. Dieser vermeintlich eindeutige Standpunkt des DCFR wird jedoch bei näherer Betrachtung des Regelwerks und der dazugehörigen Erläuterungen einigermaßen **relativiert**. Zunächst fällt auf, dass der DCFR die in den zitierten Materialien geäußerte Präferenz (**Verzicht auf die dingliche Einigung** [*real agreement*] als Element des Rechtserwerbs) keineswegs konsequent durchhält[223]: So fordert der DCFR nämlich für die Einräumung von Sicherungsrechten (*granting of security rights*) sehr wohl eine neben das Verpflichtungsgeschäft tretende Einigung zwischen Sicherungsgeber

219 Anderer Ansicht – allerdings ohne nachvollziehbare Begründung – *Krause*, AcP 145, 312 (322), der einem gänzlichen Verzicht auf das Erfordernis der dinglichen Einigung das Wort redet. Zur Bedeutung des Trennungsprinzips für die Konstruktion des Eigentumsvorbehalts siehe auch unten S 60 FN 269.

220 Eingehend zum Trennungsprinzip oben S 19 bei und in FN 74 f mit weiteren Hinweisen. Zu den Konsequenzen des Einheitsprinzips anschaulich etwa *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 42 (S 56).

221 Diese Möglichkeit generell bejahend auch schon *Krause*, AcP 145, 312 (321).

222 *Von Bar/Clive*, DCFR VIII.–2:101 comments D(b) (S 4419).

223 *Stadler*, JZ 2010, 380 (386).

und Sicherungsnehmer[224]; dazu halten die Erläuterungen[225] sogar ausdrücklich fest, es sei notwendig, zwischen dem Vertrag (*contract for proprietary security*) einerseits und der Begründung der Sicherheit selbst (*act of granting a security itself*) andererseits zu unterscheiden; nach deutschsprachiger Terminologie können damit wohl nur die Kategorien Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft gemeint sein. Dasselbe Erfordernis gilt – worauf die Erläuterungen[226] sogar explizit hinweisen – im Übrigen für die Abtretung von Forderungsrechten (*assignment of rights*)[227]. Im Ergebnis zeigt sich damit, dass die Verfügung nach dem Regelungskonzept des DCFR als eigener, von der Verpflichtung zu trennender Vorgang angelegt ist[228].

5. Ferner vermag nicht ohne weiteres zu überzeugen, welche Argumentation die Redaktoren dafür ins Feld führen, dass der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt gefährlich sei. Die Ablehnung der dinglichen Einigung wird – wie erwähnt – in erster Linie mit der Überlegung begründet, es brächte dem Veräußerer und dessen Gläubigern **übermäßigen Schutz**, wenn es möglich wäre, die Kreditsicherung einseitig zu begründen[229]. Dagegen hat man treffend eingewendet, der Veräußerer könne dieselbe Situation ebenso dann herbeiführen, wenn es ihm mangels Erfordernisses der dinglichen Einigung nicht offen steht, die wirksame Eigentumsübertragung nach Abschluss des Kaufvertrages einseitig an die Bedingung der Kaufpreiszahlung zu knüpfen[230]: Kommen dem Veräußerer nachträglich Bedenken, weil er es trotz Kreditierung des Kaufpreises verabsäumt hat, einen Eigentumsvorbehalt im Kaufvertrag zu vereinbaren, und er sich auf eine Vorleistung eingelassen hat, so kann er immer noch die Übergabe der Sache selbst verweigern[231]; zudem wäre der Verkäufer in beiden Varianten – einseitige Begründung eines Eigentumsvorbehalts und Verweigerung

224 IX.–2:105 sub-para (d) DCFR formuliert dies folgendermaßen: "[…] the creation of a security right in a moveable asset by granting requires that […] (d) the secured creditor and the security provider agree on the granting of a security right to the secured creditor."

225 *Von Bar/Clive*, DCFR IX.–2:105 comments E (S 5420 f).

226 *Von Bar/Clive*, DCFR IX.–2:105 comments E (S 5420 f).

227 III.–5:104 para 1(d) und (e) DCFR: "The requirements for an assignment of a right to performance are that: […] (d) the assignee is entitled as against the assignor to the transfer by virtue of a contract or other juridicial act, a court order or a rule of law; and (e) there is a valid act of assignment of the right."

228 *Stadler*, JZ 2010, 380 (389).

229 *Von Bar/Clive*, DCFR VIII.–2:101 comments D(b) (S 4419): "risk of granting inappropriate over-protection to the transferor and the transferor's creditors".

230 *Stadler*, JZ 2010, 380 (386).

231 *Stadler*, JZ 2010, 380 (386), bringt vor, der Veräußerer könne ebenso die – nach VIII.–2:101 para 1(e) DCFR zur Voraussetzung der Eigentumsübertragung erhobene – Einigung über den Zeitpunkt des Rechtserwerbs verweigern und auch auf diesem Weg den Rechtserwerb einseitig vereiteln. Dieses Argument schlägt meines Erachtens nicht durch. Wie sich aus den Materialien (v*on Bar/Clive*, DCFR VIII.–2:101 comments H[e] [S 4433]) ergibt, greifen mangels einer solchen Einigung über den Zeitpunkt des

der Übergabe – Erfüllungsansprüchen des Käufers auf Leistung (Übertragung unbedingten Eigentums/Übergabe der Sache) ausgesetzt, sodass auch insofern kein Unterschied in den Rechtsfolgen erkennbar sei.

6. Die Materialien zum DCFR mögen nicht immer vollends überzeugen, sie bringen aber deutlich zum Ausdruck, dass sie der Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts ablehnend gegenüberstehen. Zieht man allein den Wortlaut des DCFR heran, wäre dies nicht die einzig vertretbare Lösung. Nach den Auslegungsregeln zum DCFR wird der Rechtsanwender die Mehrdeutigkeit des Normtextes jedoch im Sinne des in den Materialien zum Ausdruck kommenden Standpunkts aufzulösen haben[232]. **Resümierend** ist somit zu sagen, dass nach dem Regelwerk des DCFR die Wirksamkeit des **einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts zu verneinen** ist.

II. Über- und außereuropäische Vereinheitlichungsbestrebungen

Vereinheitlichungsvorhaben, die die Kreditsicherung durch Eigentumsvorbehalt berühren, sind kein ausschließlich europäisches Phänomen. Zu nennen sind vor allem auch das einheitliche UN-Kaufrecht (sogleich Pkt 1), die Haager Übereinkommen über das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anwendbare Recht (Pkt 2; S 52 f) und die Unidroit-Konvention über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung (Pkt 3; S 53 ff). Darüber hinaus lassen sich als Beispiele für einschlägige Vereinheitlichungsbestrebungen anführen: das Transnational Insolvency Project[233] der NAFTA-Staaten (Kanada, USA, Mexiko), die US-amerikanische Verfassung[234] und die eidgenössische Bundesverfassung[235]; auf die letztgenannten ist hier nicht näher einzugehen.

1. Einheitliches UN-Kaufrecht

1. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (UN-Kaufrecht) trat am 1. Jänner 1988 in Kraft; bis

Rechtserwerbs die dispositiven Regeln des DCFR ein, sodass es zum Eigentumsübergang durch Übergabe (*delivery*) kommt.

232 I.–1:102 para 1 DCFR schreibt vor, dass der Normtext in Übereinstimmung mit den ihm zugrunde liegenden Prinzipien und Zwecken auszulegen ist.

233 Näheres dazu bei *Rößler-Hecht*, Eigentumsvorbehalt 287 ff.

234 Article 1 Section 8: "The Congress shall have Power To […] establish […] uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States; […]."

235 Nach Art 122 der Schweizer Bundesverfassung ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts, wozu auch das Konkursrecht zu zählen ist, Sache des Bundes und nicht der Kantone; vgl die Präambel zum Schweizer Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) sowie *Rößler-Hecht*, Eigentumsvorbehalt 287.

heute haben es 74 Staaten ratifiziert. In Österreich wurde das Übereinkommen nach der Ratifikation am 29. Dezember 1987 im Bundesgesetzblatt[236] kundgemacht und trat am 1. Jänner 1989 in Kraft. In seinem Art 4 schließt das UN-Kaufrecht die Wirkungen, die ein Vertrag auf das Eigentum an den verkauften Waren haben kann, ausdrücklich aus seinem **Regelungsbereich** aus[237]. Der Verkäufer hat das Eigentum an der Ware zu übertragen (Art 30 UN-K), doch kann diese Pflicht vertraglich modifiziert werden (Art 6 UN-K)[238]. Über die Voraussetzungen der Eigentumsübertragung entscheidet hingegen jedenfalls das nach dem Internationalen Privatrecht des angerufenen Gerichts maßgebende Sachenrecht (vgl Art 7 Abs 2 UN-K), in der Regel also die *lex rei sitae*[239]. Verlangt das berufene Sachenrecht ein besonderes, vom Kaufvertrag verschiedenes Rechtsgeschäft, also eine „Einigung“ der Parteien hinsichtlich des Eigentumsübergangs, so folgt aus der Pflicht das Verkäufers, Eigentum zu übertragen (Art 30 UN-K), auch seine Pflicht, eine entsprechende Erklärung abzugeben[240].

Da das UN-Kaufrecht die Regelung des Eigentumsübergangs ausklammert, enthält das Übereinkommen dementsprechend keine unmittelbaren Vorschriften zu Vereinbarung und Wirksamkeit eines **Eigentumsvorbehalts**[241]. Seine Rechtswirkungen richten sich daher nach der durch das Sach- beziehungsweise Insolvenzstatut des Internationalen Privatrechts des Gerichtsstaats berufenen Rechtsordnung[242]. Dies gilt auch für die sachenrechtliche Wirkung des **einseitig erklärten** Eigentumsvorbehalts. Für den Fall, dass eine solche nach dem konkret anzuwendenden Sachenrecht bejaht wird, ist allerdings umstritten, ob in dem damit verhinderten Eigentumsübergang eine Vertragsverletzung des Verkäufers zu sehen ist: Haben die Parteien das Zug um Zug-Prinzip (Art 58 Abs 1 Satz 2 UN-K) nicht abbedungen, liegt darin keine Vertragsverletzung[243], weil dem Käufer die Gegenleistung ebenfalls kreditiert ist. Ergibt sich aus dem Vertrag jedoch eine Vorleistungspflicht des Verkäufers, soll der einseitig er-

236 BGBl 1988/96.

237 Grund dafür ist, dass die dem Konsensualprinzip folgenden Sachenrechte des romanischen Rechtskreises und des Common Law einerseits und die Sachenrechte des deutschen Rechtskreises, die dem Traditionsprinzip folgen, andererseits miteinander unvereinbar sind. Die ursprünglich ins Visier genommene Vereinheitlichung auch dieses Bereichs wurde jedoch schon früh aufgegeben (dazu *Magnus* in Staudinger, BGB [2018] Art 4 CISG Rz 32 samt umfangreichen Nachweisen).

238 *Karollus*, UN-Kaufrecht 113.

239 *Magnus* in Staudinger, BGB (2018) Art 4 CISG Rz 32; *Schlüter*, IHR 2001, 141 (148). Zur nahezu weltweiten Geltung dieses Grundsatzes siehe bereits oben S 26.

240 *Widmer/Lüchinger* in Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, CISG[7] Art 30 Rz 9.

241 *Ferrari* in Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, CISG[7] Art 4 Rz 30; *Magnus* in Staudinger, BGB (2018) Art 4 CISG Rz 32; *Huber* in MünchKomm-BGB[8] Art 4 CISG Rz 20.

242 *Karollus*, UN-Kaufrecht 113; *Magnus* in Staudinger, BGB (2018) Art 4 CISG Rz 32; *Saenger* in Hau/Poseck, BeckOK-BGB[64] Art 30 CISG Rz 4a.

243 *Saenger* in Hau/Poseck, BeckOK-BGB[64] Art 30 CISG Rz 4a.

klärte Vorbehalt nach Auffassung mancher[244] eine Vertragsverletzung begründen. Nach anderer Ansicht[245] begründet die einseitige Vorbehaltserklärung des Verkäufers jedoch keine Vertragsverletzung, selbst wenn der Verkäufer nach der Vereinbarung zur Vorleistung verpflichtet ist, weil sich seine Vorleistungspflicht im Zweifel nur auf Übergabe der Ware, nicht aber auf die Übereignung beziehe. Eine wesentliche Vertragsverletzung (Art 25 UN-K), die zur Vertragsaufhebung berechtigt (Art 49 Abs 1 lit a UN-K), soll im einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt keinesfalls zu erblicken sein[246].

2. Wiederum ist es nicht erforderlich, den Meinungsstreit abschließend zu würdigen. **Zusammenfassend** lässt sich sagen: Auch das UN-Kaufrecht sieht davon ab, Voraussetzungen und Wirkungen einer Kreditsicherung durch Eigentumsvorbehalt zu vereinheitlichen. Mangels einer Regelung im Übereinkommen ist in diesen Fragen jene Rechtsordnung anzuwenden, die das Internationale Privatrecht des Gerichts- oder Insolvenzeröffnungsstaats bestimmt (Art 7 Abs 2 UN-K). Im Ergebnis ist damit – wie dargestellt (S 41) – regelmäßig nach der situs-Regel anzuknüpfen, sodass letztlich der Belegenheitsort des Vorbehaltsguts entscheidet. Das gilt ebenso für die Frage der Wirksamkeit eines einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts: Sofern das nach Art 7 Abs 2 UN-K anzuwendende Recht eine solche Möglichkeit vorsieht, ist im Schrifttum grundsätzlich anerkannt, dass die Eigentumsübertragung auch durch einseitige Erklärung des Verkäufers von der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises abhängig gemacht werden kann[247].

2. Haager Übereinkommen über das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anwendbare Recht

Ähnlich wie nach dem UN-Kaufrecht stellt sich die Rechtslage unter dem Regime des Haager Übereinkommens über das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anwendbare Recht aus 1955 sowie nach dessen überarbeiteter Fassung von 1985[248] dar: Fragen der Eigentumsübertragung sind von den Regelungen des Übereinkommens nicht erfasst (Art 5 Nr 3 Übk 1955/Art 5 lit c Übk 1985)[249]. In einem der Vorentwürfe[250] zu dieser Konvention waren die Ziele der Vereinheitlichungsbemühungen allerdings noch höher gesteckt: „Fragen des Eigentumsüberganges“ sollten zumindest „insoweit einbe-

244 *Magnus* in Staudinger, BGB (2018) Art 30 CISG Rz 12.
245 *Widmer/Lüchinger* in Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, CISG[7] Art 30 Rz 11.
246 *Karollus*, UN-Kaufrecht 113; *Widmer/Lüchinger* in Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, CISG[7] Art 30 Rz 11.
247 Siehe dazu die Nachweise unmittelbar oben in FN 243 ff.
248 Abgedruckt in RabelsZ 51, 196 ff. Zu dieser Fassung eingehend *Lando*, RabelsZ 51, 60 (60 ff). Keines dieser Übereinkommen wurde von Österreich ratifiziert.
249 *Lando*, RabelsZ 51, 60 (75).
250 Anlage I zum Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes; abgedruckt bei *Rabel*, RabelsZ 9, 1 (41 f).

zogen werden […], als sie für den Handel von Wichtigkeit sind[251]“, sodass man auch Regelungen über den Eigentumsvorbehalt an Maschinen in den Entwurf aufgenommen hatte[252].

3. Unidroit-Konvention über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung

1. Im Jahr 2001 legte das Internationale Institut zur Vereinheitlichung des Privatrechts (Unidroit) die Konvention über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung vor (*Convention on International Interests in Mobile Equipment*). Diese sogenannte Kapstadt-Konvention trat am 1. März 2006 in Kraft; ihr sind zwischenzeitig 36 Vertragsstaaten – darunter auch Deutschland und die Schweiz – beigetreten. Zwar kommt diesem Übereinkommen bloß ein verhältnismäßig spezieller und **schmaler Anwendungsbereich** zu, es bezieht sich nämlich nur auf Sicherungsrechte an Flugzeugzellen, Flugzeugtriebwerken, Hubschraubern, Eisenbahnrollmaterial und an Weltraumvermögenswerten (Art 2 Abs 3 Übk), dennoch erscheint eine zumindest beiläufige Betrachtung dieser Konvention durchaus von Interesse. Eine besondere rechtliche Qualität, die den erfassten Sicherungsgütern gemein ist, sie von anderen Sicherungsgütern unterscheidet und auf Grund derer der eingeschränkte Anwendungsbereich der Konvention rechtssystematisch vorgegeben sein könnte, scheint nämlich nicht erkennbar. Vielmehr wird man den Grund für den Verzicht auf einen weiter gefassten Anwendungsbereich einmal mehr in dem Umstand zu suchen haben, dass ein entsprechender Konsens unter den Vertragsstaaten nicht zu erzielen gewesen war, sodass man lediglich die Sicherung jener Transaktionsgeschäfte in den Anwendungsbereich aufnahm, für die aus der Warte des Wirtschaftsverkehrs ein eminenter Bedarf nach Rechtssicherheit durch Rechtsvereinheitlichung bestand[253]. Trotz ihres sehr engen Anwendungsbereichs könnte die Konvention deshalb durchaus darüber Aufschluss geben, wie weit sich eine internationale Rechtsüberzeugung betreffend Grundsätze der Kreditsicherung durch Eigentumsvorbehalt bereits entwickelt hat[254].

251 So das Plädoyer von *Rabel*, RabelsZ 9, 1 (1).

252 Näheres zu diesen Regelungen bei *Rabel*, RabelsZ 9, 1 (41 f).

253 Dieser wirtschaftliche Aspekt leuchtet deutlich hervor aus den Erwägungsgründen in der Präambel des Übereinkommens: „[…] in dem Bewusstsein, dass die Notwendigkeit besteht, bewegliche Ausrüstung von hohem Wert oder besonderer wirtschaftlicher Bedeutung zu erwerben, zu nutzen und die Finanzierung des Erwerbs und der Nutzung dieser Ausrüstung in wirksamer Weise zu erleichtern, in Anerkennung der Vorteile der durch Vermögenswerte gesicherten Finanzierung […] und in dem Wunsch, derartige Rechtsgeschäfte durch Festlegung klarer für sie geltender Regeln zu erleichtern, eingedenk der Notwendigkeit, dafür Sorge zu tragen, dass Sicherungsrechte an solcher Ausrüstung weltweit anerkannt und geschützt werden […]“.

254 In diesem Sinn wohl auch *Rößler-Hecht*, Eigentumsvorbehalt 310 f und kritisch mit Blick auf den schmalen Anwendungsbereich aaO 321.

2. Gegenstand des Kapstadt-Übereinkommens sind Bestimmungen über die Begründung und die Wirkungen eines sogenannten internationalen Sicherungsrechts an bestimmten, zuvor aufgezählten Kategorien von Sicherungsgütern. Es handelt sich dabei also nicht um einheitliches Kollisionsrecht, sondern um die *Harmonisierung des Sachrechts*[255]. Zu den erfassten Sicherungsrechten zählt auch die Sicherung durch **Eigentumsvorbehalt** (Art 2 Abs 2 lit b Übk). Darunter versteht das Übereinkommen „eine Vereinbarung über die Veräußerung eines Gegenstandes unter der Bedingung, dass der Eigentumsübergang erst erfolgt, wenn die in der Vereinbarung genannten Voraussetzungen erfüllt sind“ (Art 1 lit ll Übk). Die wirksame Begründung eines Sicherungsrechts setzt generell eine schriftliche **Vereinbarung** voraus, mit der das Sicherungsrecht eingeräumt oder seine Einräumung vereinbart wird (Art 7 Übk). Erfüllt der Vorbehaltskäufer seine Vertragspflichten nicht, kann der Vorbehaltsverkäufer die Vereinbarung beenden und jeden Gegenstand, auf den sich die Vereinbarung bezieht, in Besitz oder in seine Verfügungsmacht nehmen (Art 10 Übk). Von diesen Regelungen können die Parteien durch schriftliche Vereinbarung abweichen (Art 15 Übk). In einem Insolvenzverfahren gegen einen Schuldner kann ein solches Sicherungsrecht geltend gemacht werden, wenn es vor Insolvenzeröffnung in ein *Register* eingetragen wurde (Art 30 Abs 1 Übk).

3. Dieser flüchtige Blick zeigt, dass das Kapstadt-Übereinkommen für die Einräumung von Sicherungsrechten und somit auch für den Eigentumsvorbehalt generell **Schriftlichkeit** verlangt (Art 7 lit a Übk)[256]. Dabei unterscheidet der Wortlaut explizit zwischen zwei Arten von Vereinbarungen: solchen, mit denen „[das Sicherungsrecht] eingeräumt“ wird, und jenen, mit denen „seine Einräumung vereinbart wird“. Welche Differenzierung damit offensichtlich verfolgt wird, tritt in der englischen Sprachfassung deutlicher zutage als in der (nicht rechtsverbindlichen) deutschen Übersetzung: Der englische Normtext spricht von einem „agreement creating or providing for the interest“[257]; das deutet darauf hin, dass die Konvention für den Rechtserwerb das im deutschsprachigen Rechtsbereich als **Trennungsprinzip**[258] bekannte konstruktive Konzept zugrunde legt[259]. Wer ein eigenständiges, vom Verpflichtungsgeschäft losgelöstes Verfügungsgeschäft anerkennt, hat ein geeignetes dogmatisches Milieu für die Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts geschaf-

255 *Rößler-Hecht*, Eigentumsvorbehalt 311.

256 Zwar können die Parteien von diesem allgemein aufgestellten Formerfordernis abgehen, doch wäre auch dafür eine schriftliche Vereinbarung erforderlich (Art 15 Übk).

257 Ähnlich auch die (ebenfalls rechtsverbindliche) französische Fassung des Art 7 des Übereinkommens: „Une garantie est constituée en tant que garantie internationale conformément à la présente Convention si le contrat qui la crée ou la prévoit, […].“

258 Dazu eingehend schon oben S 19 bei und in FN 74 samt Nachweisen.

259 Zu diesem Ergebnis kommt wohl auch *Rößler-Hecht*, Eigentumsvorbehalt 315, die aus Art 7 des Übereinkommens das Erfordernis eines „vom Kaufvertrag unabhängigen schriftlichen Vertrages“ ableitet.

fen[260]. Bei näherer Überlegung muss allerdings fraglich sein, ob die Konvention tatsächlich diesem Ansatz folgt: Der Wortlaut von Art 7 Übk verlangt nämlich offenbar *alternativ* entweder eine „Vereinbarung, mit der [das Sicherungsrecht] eingeräumt" wird, *oder* eine Vereinbarung, mit der „seine Einräumung vereinbart wird"; es ist demnach offenbar nicht erforderlich, dass *beide* Vereinbarungen zustande kommen. Es soll hier nicht in Angriff genommen werden, das Konzept des Kapstadt-Übereinkommens für die Begründung von Sicherungsrechten im Allgemeinen sowie die Konstruktion des Eigentumsvorbehalts im Besonderen umfassend zu würdigen. Die Regelung lässt auf Grund ihrer unscharfen Formulierung eine Vielzahl von Deutungsmöglichkeiten zu; der zu erwartende Erkenntnisgewinn ist daher nicht besonders hoch anzusetzen. Für den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt kann jedenfalls der Befund aufgestellt werden, dass ihm unter dem Regime des Kapstadt-Übereinkommens keinesfalls Wirksamkeit zukommt: Als internationales Sicherungsrecht im Sinne von Art 7 Übk kann der Eigentumsvorbehalt nämlich nur durch Vereinbarung begründet werden.

C. Gesamtbefund

1. Der Überblick über aktuelle und vergangene Bestrebungen zur Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung belegt, dass im **internationalen Wirtschaftsverkehr** schon seit langem ein starker Wunsch besteht, sich auf eine wirksame Kreditsicherung durch Eigentumsvorbehalt verlassen zu können. Verschiedene politische und institutionelle Ebenen erkannten den daraus resultierenden Bedarf nach **Vertrauensschutz** und waren bestrebt, ihn zu befriedigen, indem sie die Rechtsregime zum Eigentumsvorbehalt harmonisieren. Die in Angriff genommenen Vorhaben versuchten, dieses Ziel teils durch Harmonisierung von Sachnormen, teils durch Vereinheitlichung von Kollisionsnormen zu erreichen. Während Bemühungen zur Angleichung von **Sachnormen** durchwegs scheiterten oder die darin vorgeschlagenen Lösungen Kompromissformeln zum Opfer fielen[261], setzte die am 31. Mai 2002 in Kraft getretene EuInsVO eine durchaus weitreichende Angleichung von einschlägigen **Kollisionsnormen** um. Die bessere „Erfolgsquote" bei Vereinheitlichung von Kollisionsnormen ist naturgemäß dem Umstand geschuldet, dass man hierfür verhältnismäßig weniger invasiv in das nationale Recht eingreifen muss (oben S 28).

2. Ob die einseitige Vorbehaltserklärung sachenrechtlich wirkt, ist untrennbar mit der Frage verbunden, welche Erfordernisse es braucht, um den einfachen **Eigentumsvorbehalt** zu **begründen**. Dazu lässt sich den Vereinheitlichungsbemühungen durchaus eine Tendenz entnehmen: Ganz überwiegend wird ge-

260 Zur Bedeutung des Trennungsprinzips eingehend unten 2. Kapitel § 3 A.I; S 60 ff.
261 Siehe in diesem Zusammenhang etwa die Ausführungen zur Entstehungsgeschichte der Zahlungsverzugs-Richtlinie oben S 34.

fordert, dass eine entsprechende **Vereinbarung** zustande kommt, in vielen Fällen in schriftlicher Form. Soll die Sicherung des Verkäufers insolvenzfest sein, setzt dies vereinzelt zudem voraus, dass der Eigentumsvorbehalt in ein Register eingetragen ist. Keines der betrachteten Vorhaben hatte zum Ziel, den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt als wirksam anzuerkennen; Gegenteiliges gilt – soweit überblickbar – nur für ein einziges Regelwerk, nämlich für den ersten Vorschlag für eine Zahlungsverzugs-Richtlinie[262], der in dieser Form allerdings nicht verabschiedet wurde und dessen einschlägige Bestimmung auch in keinem anderen Regelwerk wieder aufgetaucht ist. Obschon es die Vereinheitlichungsvorhaben durchgehend ablehnen, den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt als sachenrechtlich wirksam anzuerkennen, so wäre es doch unzulässig, daraus den Schluss zu ziehen, es bestehe eine internationale Rechtsüberzeugung, dass dem einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt die Wirksamkeit zu verwehren ist. Denn nahezu alle Regelwerke und Entwürfe stellen es den Vertrags-/Mitgliedstaaten frei, die Wirkungen eines Eigentumsvorbehalts anzuerkennen, selbst wenn die dafür normierten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, insbesondere also auch wenn keine (schriftliche) Vereinbarung zustande kommt. Die Ursache dafür, dass die unter die Lupe genommenen Vereinheitlichungsvorhaben davon absehen, den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt anzuerkennen, wird man daher in einem anderen Umstand zu vermuten haben: Wie erwähnt[263] unterscheiden sich die sachenrechtlichen Grundsätze, die für den Eigentumsübergang entscheidend sind, in den nationalen Rechtsordnungen erheblich voneinander – innerhalb Europas und auch darüber hinaus. In erster Linie wird dabei zum Hindernis, dass der Rechtserwerb nach zwei strukturell gegensätzlichen Modellen konstruiert ist: Trennungsprinzip und Konsensprinzip. Da es kaum Aussicht auf Erfolg hat, die nationalen Sachenrechtsordnungen in diesem Punkt anzugleichen[264], klammern Harmonisierungsprojekte Fragen des Eigentumsübergangs soweit wie möglich aus. Diese Divergenzen zwischen den Eckpfeilern des Eigentumserwerbs spitzen sich besonders zu, wenn zu beurteilen ist, wie der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt wirkt. In diesem Licht überrascht es nicht, wenn die Regelwerke schlicht dazu schweigen, wie diese in der Praxis weit verbreitete und im Schrifttum breit diskutierte Frage zu lösen ist. Allein der DCFR nimmt dazu explizit Stellung, was wohl damit zu erklären ist, dass ihm lediglich Referenzcharakter zukommt, sodass keine politische Einigung erforderlich war.

262 Dazu oben S 36.

263 Siehe oben S 47 f mit weiteren Hinweisen.

264 Als eine Ausnahme könnte in diesem Zusammenhang allenfalls die europaweite Regelung des Kulturgüterschutzes durch die RL 93/7/EWG des Rates vom 15. März 1993 über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates verbrachten Kulturgütern genannt werden. Näheres dazu bei *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 46 f mit weiteren Hinweisen.

3. Resümierend lässt sich aus der Betrachtung der einschlägigen internationalen Vorhaben zur Rechtsvereinheitlichung/-angleichung bloß die Erkenntnis ziehen, dass keine (überwiegende) Rechtsüberzeugung zur Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts auszumachen ist.

§ 3 Suche nach dem Problemkern

Ob die einseitige Vorbehaltserklärung sachenrechtlich wirkt, hat man sowohl für den österreichischen wie für den deutschen Rechtsbereich bereits intensiv diskutiert (§ 1; S 11 ff). Die Lösungen der herrschenden Auffassung für die Rechtslage nach ABGB einerseits und nach BGB andererseits fallen gegensätzlich aus. Das kann für sich genommen schon Interesse wecken, sich neuerlich in diese Fragen einzulassen, insbesondere zumal ABGB und BGB im Schuld- und Sachenrecht prima vista durchaus ähnlichen Strukturen folgen. Hinzu kommt, dass man die überwiegende Auffassung in Österreich (sachenrechtliche Unwirksamkeit) in jüngerer Zeit immer stärker in Zweifel zieht[265]; dieses Wiederaufflammen der Diskussion gibt ebenso Anlass für eine nähere Untersuchung.

Dabei wird es sich als gewinnbringend erweisen, – das ist vorwegzunehmen – die einschlägigen Stellungnahmen zum deutschen Rechtsbereich auszuwerten und zu würdigen; ein Seitenblick, den man in der österreichischen Diskussion bislang nur wenig bemüht hat. Wie so oft[266], lässt sich aus rechtsvergleichenden Betrachtungen Inspiration schöpfen und sie schärfen die Kritikfähigkeit gegenüber Sichtweisen, die man womöglich für alternativlos hält. Die Suche nach dem Problemkern verzichtet daher wiederum nicht darauf, auf die Diskussion zum BGB zu schielen.

A. Vergleichbarkeit der österreichischen und deutschen Rechtslage

Wer die österreichische Rechtslage analysiert und dabei auf Erörterungen und Argumente zum BGB rekurrieren will, muss zunächst prüfen, ob und in welchem Ausmaß die beiden Rechtsordnungen miteinander vergleichbar sind. Welche Unterschiede und Gemeinsamkeiten weisen die Regelungsprinzipien der beiden Rechtsordnungen im Zusammenhang mit der Übertragung des Eigentumsrechts auf? Nur soweit die dabei tangierten Grundsätze und deren Zusammenspiel dem Rechtsanwender da und dort identischen Boden bieten, darf er die zur fremden Rechtsordnung angestellten Überlegungen für die ei-

265 Oben 2. Kapitel § 1 A.II; S 15 ff samt Nachweisen.
266 Zu Zulässigkeit und Stellenwert rechtsvergleichender Argumente oben S 25 FN 103.

gene Rechtsordnung unmittelbar fruchtbar machen. Sind die maßgebenden Regelungsprinzipien in den beiden Rechtsordnungen nicht deckungsgleich, muss er die Lösungen und Stellungnahmen vor dem Hintergrund der eigenen Rechtsordnung neu bewerten.

I. Eckpunkte des derivativen Eigentumserwerbs: Trennungsprinzip, kausale Tradition und Abstraktionsprinzip

1. Beim derivativen Eigentumserwerb an beweglichen Sachen weisen ABGB und BGB auf den ersten Blick viele Gemeinsamkeiten auf. Näher besehen treten jedoch wesentliche Unterschiede zutage. Bekanntermaßen stellt das **ABGB** für den abgeleiteten Eigentumserwerb unter anderem folgende zwei Voraussetzungen auf: Zum einen bedarf es eines Titels, der auf die Übertragung von Eigentum gerichtet ist (*Verpflichtungsgeschäft,* § 380 ABGB); dieser allein jedoch „gibt noch kein Eigentum“, sondern es ist – zum anderen – auch eine „rechtliche Übergabe und Übernahme“ erforderlich (*Verfügungsgeschäft*[267], § 425 ABGB)[268]. Das damit angesprochene dingliche Verfügungsgeschäft ist vom schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft zu trennen. Das sogenannte *Trennungsprinzip* hat man teilweise sogar als unabdingbare Voraussetzung dafür angesehen, den Eigentumsvorbehalt dogmatisch schlüssig zu konstruieren[269]. Das Verfügungsgeschäft ist nach in Österreich herrschender Auffassung[270] kausal: Es entfaltet nur auf Grund und im Rahmen eines gültigen Titelgeschäfts

267 Zur Entwicklung der abstrakten Kategorie des Verfügungsgeschäfts eingehend *Mayrhofer*, FS Schnorr 673 (673 ff). Den Redaktoren des ABGB war die Vorstellung noch fremd, dass es neben dem Verpflichtungsgeschäft zur Rechtsübertragung ein weiteres (dingliches) Rechtsgeschäft braucht. Vielmehr hat man – im Anschluss an die gemeinrechtliche Lehre – bloß gefordert, dass zum Verpflichtungsgeschäft die Übergabe (traditio) als reine Naturalhandlung (factum) hinzutritt; vgl *Hofmann*, Titulus und modus 29 f; *Rappaport*, FS ABGB II 400 (403 und 417); *Klang* in Klang, ABGB² II 306; *Spielbüchler*, JBl 1971, 589 (592). Näher zur historischen Entwicklung der dinglichen Einigung unten S 64 ff.

268 Statt aller nur *Gschnitzer*, Sachenrecht 93; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 6/36; *Klausberger* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ §§ 881–882 Rz 24; ferner jüngst etwa *Häublein/Kronthaler*, FS Schwartze 157 (163 ff). Anders jedoch *Meinhart*, Übertragung des Eigentums insbesondere 68 f, und *Baier*, RZ 1971, 127 (129 ff). Zu *Spielbüchlers* restriktiver Auffassung oben S 13 bei und in FN 44.

269 *Stadler*, JZ 2010, 380 (386). Rechtsvergleichende Betrachtungen zeigen, dass sich die Kreditsicherung durch Eigentumsvorbehalt in Rechtsordnungen, in denen kein klares Trennungsprinzip verwirklicht ist, nur sehr langsam durchgesetzte. Siehe etwa *Sigman/Kieninger*, Security over Tangibles 5 (Frankreich); *Stadler*, Verkehrsschutz 276 ff; *Schulz*, Eigentumsvorbehalt 71 ff und 135 ff. Dieser Befund wird allerdings bei *von Bar/Clive*, DCFR VIII.–2:101 comments D(b) (S 4418 f) relativiert (dazu näher oben S 48 f mit weiteren Hinweisen).

270 *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 1/9 und Rz 6/41; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht¹⁵ I Rz 388 ff, Rz 752 und Rz 1016; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 319 f. Anders noch *Randa*, Eigenthumsrecht² 290 f.

sachenrechtliche Wirkungen. Kommt kein wirksames Titelgeschäft zustande oder wird es mit sachenrechtlicher ex tunc-Wirkung beseitigt (etwa wegen eines Willensmangels), ist das Eigentum als nicht übergegangen anzusehen.

2. Anderes gilt für die **deutsche Rechtslage.** Zwar folgt das BGB – wie erwähnt[271] – ebenfalls dem Trennungsprinzip, doch ist das dingliche Rechtsgeschäft im Gegensatz zu Österreich vom zugrundeliegenden Titelgeschäft grundsätzlich entkoppelt: Nach dem – in erster Linie auf *Friedrich Carl von Savigny* zurückgehenden[272] – *Abstraktionsprinzip*[273] ist die Verfügung zweckfrei und vom Grundgeschäft losgelöst; die dingliche Rechtslage hängt weder in ihrem Vollzug noch in ihrem Bestand davon ab, ob ein Grundgeschäft überhaupt vorhanden oder rechtswirksam zustande gekommen ist oder ob ein zunächst wirksames Grundgeschäft später wegfällt[274]. Um Sachenrechte wirksam zu übertragen, bedarf es demnach lediglich das Zustandekommen einer dinglichen Einigung[275].

271 Oben S 19 bei und in FN 74.

272 Siehe nur *von Savigny*, Obligationenrecht II 258 ff; *Felgenträger*, Übereignungslehre 24 ff; *Stadler*, Verkehrsschutz 49 ff.

273 Vgl § 929 BGB: „Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll." Dazu siehe etwa *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 4 Rz 23 (S 41 f) und § 5 Rz 41 ff (S 55 ff); *Flume*, Rechtsgeschäft[4] § 12 I (S 152 ff) und III (S 173 ff); *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1 III.1.d.cc (S 34); *Wilhelm*, Sachenrecht[7] Rz 26. Wie schon *Krause*, AcP 145, 312 (319 f), anschaulich darlegt, ist das Trennungsprinzip dabei notwendige Voraussetzung für die Anerkennung der Abstraktheit des Verfügungsgeschäfts. Für einen Vergleich von Kausalprinzip und Abstraktionsprinzip *Koziol*, Izročilo Občnega državljanskega zakonika 177 (182 ff).

274 Dies bedeutet freilich nicht, dass eine rechtsgrundlos erfolgte Rechtsübertragung von Bestand ist, weil nach dem „Rechtfertigungsgebot" jede Vermögensverschiebung eines Rechtsgrundes bedarf, um als wirksam anerkannt zu werden, was man auch als „Kausalschutz" bezeichnen kann (*Heck*, Dingliches Rechtsgeschäft 10). Die Rückabwicklung hat aus dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung zu erfolgen und ist auf einen gegenläufigen dinglichen Akt (Rückübereignung) gerichtet (*Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 44 [S 57]); der Veräußerer erwirbt hier somit allerdings lediglich einen persönlichen, nicht insolvenzfesten Rückforderungsanspruch aus § 812 Abs 1 Satz 1 BGB (*Oechsler* in MünchKomm-BGB[9] § 929 Rz 10). Zu den Unterschieden einer Rückabwicklung ausschließlich nach Bereicherungsrecht unter dem Abstraktionsprinzip und jener auch mithilfe der Eigentumsklage siehe eingehend *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 135 FN 739 mit umfangreichen Hinweisen.

275 Das Konzept der abstrakten Verfügung ist europaweit nur in vergleichsweise wenigen Rechtsordnungen verwirklicht (Deutschland, Estland, Griechenland, Schottland); siehe dazu die rechtsvergleichenden Untersuchungen bei *von Caemmerer*, RabelsZ 12, 675 (675 ff), sowie *Bartels*, Transfer of Movables 60.

II. (Fehlende) Bestandskraft der dinglichen Einigung

1. Ein weiterer, wesentlicher Unterschied besteht – wie ebenfalls bereits angeschnitten[276] – mit Blick auf die Bestandskraft des Verfügungsgeschäfts. *Spielbüchler*[277] und *F. Bydlinski*[278] vertreten für den **österreichischen** Rechtsbereich ausdrücklich, das dingliche Rechtsgeschäft sei **gleich einem schuldrechtlichen Vertrag einseitig nicht mehr widerrufbar**. Nur vereinzelt ist im älteren Schrifttum[279] der gegenteilige Standpunkt anzutreffen. Davon abgesehen zieht keiner der übrigen Autoren[280], die zum einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt Stellung genommen haben – sei es in die eine oder sei es in die andere Richtung –, die Unwiderrufbarkeit in Zweifel; meist wird sie implizit[281] der jeweils eigenen Auffassung zugrunde gelegt.

Wer mit der herrschenden Auffassung *für* die sachenrechtliche *Un*wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts plädiert, muss die dingliche Einigung als einseitig unwiderrufbar ansehen; andernfalls ließe sich nicht begründen, weshalb es dem Verkäufer unmöglich ist, den Eigentumsübergang einseitig zu verhindern. Es mag daher erstaunen, dass auch und gerade jene Stimmen, die – entgegen der herrschenden Auffassung – den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt sachenrechtlich für *wirksam* halten, keine Bedenken gegen die These formuliert haben, die dingliche Einigung sei unwiderrufbar. Ein solcher Einwand liegt aus zwei Gründen nahe: Nimmt man diesen Standpunkt ein, erlaubte dies zum einen, dem zentralen Streitpunkt der Kontroverse – Zu welchem Zeitpunkt kommt die dingliche Einigung zustande? – elegant aus dem Wege zu gehen, weil die sachenrechtliche Wirksamkeit der Vorbehaltserklärung davon unabhängig jedenfalls zu bejahen wäre. Zum anderen drängen sich Zweifel an der Bestandskraft der dinglichen Einigung geradezu auf, sobald man einen rechtsvergleichenden Blick nach Deutschland wirft.

2. Die herrschende Auffassung zum **BGB** nimmt – wie ausgeführt – die konträre Position ein: Auf die dingliche Einigung seien nur die Vorschriften des Allgemeinen Teils des bürgerlichen Rechts, nicht hingegen die Bestimmungen des Schuldrechts anzuwenden[282]. Dem dinglichen Rechtsgeschäft **fehle jedes**

---

276 Oben S 19 f.

277 JBl 1971, 589 (594 f); *derselbe*, Schuldverhältnis 112 f; *derselbe* in Rummel, ABGB[3] § 425 Rz 2.

278 In Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 375 und 476; *derselbe*, FS Larenz 1027 (1035).

279 *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition 9 FN 17.

280 Vgl die Nachweise oben 2. Kapitel § 1 A.I.1; S 13 bei FN 31 ff.

281 So etwa *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 6/40; *E. Wagner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB-Klang[3] § 425 Rz 6; *Mader* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.03] § 425 Rz 2; *Apathy/Perner* in KBB, ABGB[7] § 1063 Rz 3. Explizit auf Unwiderrufbarkeit Bezug nehmend etwa *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 424 Rz 5 und § 425 Rz 2; *derselbe* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.02] § 358 Rz 12.

282 *Motive* BGB III 7 f; *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 5 ff (S 44 ff); *Kindl* in Hau/Poseck, BeckOK-BGB[64] § 929 Rz 8.

verpflichtende Element; erst die sogenannte *Kundbarmachung* (Eintragung im Grundbuch oder Übergabe der beweglichen Sache) bewirke die darin enthaltene Rechtsänderung, davor lasse sie sich einseitig widerrufen[283]. Dementsprechend gelangt man in Deutschland ohne besonderen Begründungsaufwand zur sachenrechtlichen Wirksamkeit der einseitigen Vorbehaltserklärung des Verkäufers[284].

III. Zwischenresümee

Spätestens seit den (eingangs referierten[285]) Untersuchungen von *Spielbüchler* und *F. Bydlinski* liegt auf der Hand, dass Wesen und Konstruktion der dinglichen Einigung das entscheidende Moment bilden, um zu beurteilen, ob die einseitige Vorbehaltserklärung sachenrechtlich wirkt. Der rechtsvergleichende Blick nach Deutschland bekräftigt diesen Befund: Unterwirft man das Verfügungsgeschäft nicht der Vertragstreue, gelangt man zu konträren Ergebnissen, wenn zu prüfen ist, ob die einseitige Vorbehaltserklärung wirkt.

Die Analyse des deutschen Meinungsstandes macht ferner evident, dass es notwendig ist, den Blick auf das Verfügungsgeschäft zu schärfen. Sie liefert den Passierschein, um die traditionelle Position zu verlassen und die dingliche Einigung unter einem neuen Winkel zu betrachten. Manche Annahmen der heimischen Sichtweise erweisen sich als nicht mehr selbstverständlich; vor allem die im österreichischen Rechtsbereich bislang kaum diskutierte Frage, ob und wie lange die **dingliche Einigung einseitig widerrufbar** ist.

Will man die Streitfrage nach der sachenrechtlichen Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts grundlegend untersuchen, kommt man somit nicht umhin, das Institut und den Inhalt des dinglichen Geschäfts unter die Lupe zu nehmen (sogleich 2. Kapitel § 3 B). Im Lichte der gewonnenen Erkenntnisse kann sodann ein eigenständiger Ansatz zur bestehenden Kontroverse entwickelt werden. Dieser Versuch legt besonderen Wert darauf, ein Konzept zu formulieren, bei dem sich die tangierten Bauprinzipien des Schuld- und Sachenrechts harmonisch und friktionsfrei ineinanderfügen und das gleichzeitig den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht wird.

283 *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 25 (S 50); *Kindl* in Hau/Poseck, BeckOK-BGB[64] § 929 Rz 18. Siehe schon oben S 19 f.

284 Oben 2. Kapitel § 1 B.II; S 20 ff samt Nachweisen.

285 Nachweise oben 2. Kapitel § 1 A.I.1; S 11 ff.

B. Wesen der dinglichen Einigung

I. Entwicklung und rechtshistorische Vorbemerkungen

1. Um sich einem sachenrechtlichen Institut dogmatisch anzunähern, ist es oft gewinnbringend, einen Blick in den rechtshistorischen Rückspiegel zu werfen. Kann ein Rechtsanwender die Entwicklung eines Instituts nachzeichnen, versetzt ihn das häufig in die Lage, die ursprünglichen Funktionen des Rechtsinstituts zu erkennen, die heute schon vergessenen oder von Diskussionen zu Detailproblemen verschüttet sind.

2. Dem **römischen Recht** war ein eigenes dingliches Rechtsgeschäft unbekannt[286]: Wertvollere Sachen (*res mancipi*) übertrug man im Wege der sogenannten mancipatio, einem Kaufvertrag vor fünf Zeugen, der zugleich das Eigentum übergehen ließ. Sonstige Sachen (*res nec mancipi*) wurden durch formlosen Kaufvertrag veräußert; dabei ging das Eigentum über, sobald die Übergabe der Sache (traditio) vollzogen war. Neben der mancipatio und der traditio kannte das römische Recht die in iure cessio als abstraktes Verfügungsgeschäft für Sachen aller Art; sie kam allerdings bloß selten zum Einsatz, weil sie vor dem Prätor vorzunehmen war. Das **mittelalterliche Recht** übernahm die Übereignungsform für res nec mancipi: Für die Eigentumsübertragung brauchte es einen formlosen Kaufvertrag, zu dem die traditio hinzutreten musste. Das **gemeine Recht** entwickelte schließlich die Lehre vom titulus und modus acquirendi[287]: Der Titel ließ nur ein *ius ad rem* entstehen, Eigentum ging erst über, sobald der Modus gesetzt war; darunter war die Besitzübertragung zu verstehen. Nach dem **Naturrecht** konnte mit dem Grundgeschäft nicht bloß das ius ad rem übertragen werden, sondern sogar das Eigentum selbst übergehen; dieses Regelungskonzept übernahm der französische Code Civil[288].

286 Dazu und zum Folgenden *Wieling*, Sachenrecht² § 1 III.1.a (S 27 ff). Siehe auch *Baier*, ÖJZ 1973, 200 (201), und *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition 7 f.

287 Als deren Urheber wird gemeinhin *Johann Apel* (Methodica) zitiert. Eingehende Darstellung der Entwicklung bei *Hofmann*, Titulus und modus 22 ff. Siehe auch *Wieling*, Sachenrecht² § 1 III.1.b (S 29), und *Wesener*, FS Niederländer 195 (195 ff).

288 *Wieling*, Sachenrecht² § 1 III.1.b (S 30).

3. Erst *Savigny*[289] überwand die Vorstellung, dass der Vertragsbegriff auf das Obligationenrecht begrenzt sei; er wandte das Vertragsmodell auch auf andere Institute an und sah sohin vor allem die Traditio „als einen wahren Vertrag" an. Bisweilen wird *Savigny* daher als „Urheber des dinglichen Vertrages" bezeichnet[290]. Aus dieser Auffassung entwickelte sich sodann der abstrakte dingliche Vertrag, wie ihn das **BGB** kennt[291], das Traditionsprinzip blieb aber bestehen[292]. Im **ABGB** selbst sucht man Anhaltspunkte für einen eigenständigen dinglichen Vertrag zwar vergebens[293]; ein solches Institut war den Redaktoren des ABGB fremd[294]. Blickt man auf die Entstehungsgeschichte der österreichischen Kodifikation, finden sich jedoch immerhin handfeste Indizien dafür, dass für den Rechtsübergang neben dem Verpflichtungsgeschäft zudem erforderlich sein soll, dass zwischen den Parteien irgendeine Art von **Einigung über den Rechtsübergang** zustande kommt[295]. Sowohl der Codex Theresianus, der Entwurf Horten als auch der Entwurf Martini enthielten Bestimmungen, in de-

289 System III 312 f; *derselbe*, Obligationenrecht II 257: Bei der Tradition habe man „die Vertragsnatur meist übersehen, weil man sie nicht gehörig von dem obligatorischen Vertrag unterscheidet, welcher jene Handlung gewöhnlich vorbereitet und begleitet. Wird etwa ein Haus verkauft, so denkt man gewöhnlich an den obligatorischen Kauf, und ganz richtig; aber man vergißt darüber, daß die nachfolgende Tradition auch ein Vertrag ist, und ein von jenem Kauf ganz verschiedener, nur durch ihn notwendig gewordener." Ihm folgend *Bähr*, JherJB 11, 1 (65).

290 *Stöver*, ArchBR 26, 149 (171).

291 Die Materialien (*Motive* BGB III 7 f) drücken deutlich aus, dass damit eine Abkehr von der bisherigen Auffassung verbunden war, und bekennen sich zur Lehre, „das in der Übergabe sich vollziehende Geschäft als Vertrag zu bezeichnen".

292 *Baier*, RZ 1971, 127 (128). Noch nicht deutlich zwischen dem dinglichen Vertrag und der Tradition trennend allerdings *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition 53.

293 *E. Wagner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB-Klang[3] § 425 Rz 2; *Spielbüchler*, FS 200 Jahre ABGB 1433 (1435 f); *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition 5 FN 8, der (aaO IV) dieses Fehlen klarer gesetzlicher Regelungen beklagt: „Nur ein paar dürftige Paragraphen sind im a. bürg. Gb. der Lehre von der Tradition gewidmet und diese gehören nach Form und Inhalt theilweise zu dem Mißlungensten, was das Gesetzbuch aufweist […]." Siehe auch *F. Bydlinski*, FS Larenz 1027 (1029); *Meinhart*, Übertragung des Eigentums 35 f und 68 f, wo ausgeführt wird, das ABGB kenne keinen dinglichen Vertrag, wohl aber ein allgemeines – im Grundgeschäft enthaltenes – Vollzugsmoment, das dem konkreten Typus des Verpflichtungsgeschäfts entspringe und daher nicht von diesem losgelöst werden könne.

294 *Hofmeister*, NZ 1981, 113 (115); *Meinhart*, Übertragung des Eigentums 6 f; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[15] I Rz 957.

295 Darauf weist *F. Bydlinski*, FS Larenz 1027 (1035) hin, allerdings ohne konkrete Referenzen anzugeben. Siehe auch *Spielbüchler*, Schuldverhältnis 102 ff, der allerdings aus der Gesetz gewordenen Fassung ableitet, der Gesetzgeber habe letztlich von diesem Konzept Abstand genommen und verlange lediglich einen bloßen Realakt der Übergabe. Siehe auch *Meinhart*, Übertragung des Eigentums 36 ff je mit Hinweis auf die in den folgenden FN zitierten Bestimmungen.

nen dieses Erfordernis bereits angelegt ist: *Codex Theresianus*[296] und *Entwurf Horten*[297] forderten grundsätzlich einen Konsens von Übergeber und Übernehmer, der sich auf den der Rechtsübertragung konkret zugrunde liegenden Titel beziehen musste. Der *Entwurf Martini*[298] ließ Eigentum selbst dann übergehen, wenn hinsichtlich des Titels Dissens bestand, immerhin verlangte er aber, dass auf beiden Seiten der Wille vorlag, Eigentum zu übertragen[299]. Mag darin das Erfordernis einer Willensübereinkunft betreffend den Rechtsübergang auch sehr deutlich formuliert gewesen sein, so erscheint dennoch zweifelhaft, dass die Entwürfe bereits einen dinglichen Vertrag als Voraussetzung für die wirksame Übertragung dinglicher Rechte normieren wollten[300]. Vielmehr

296 Der Codex Theresianus verlangte für den Eigentumsübergang, dass neben dem Grundgeschäft (causa) auch eine Einigung darüber zustande kam, dass Eigentum eben auf Grund dieses Geschäfts übergehen soll. II. Theil Caput VI § 3 Codex Theresianus: „[…] 35. Ist nun die Ursache zu Uebertragung des Eigenthums hinlänglich, so müssen auch Beide, sowohl der Uebergeber als Uebernehmer darein willigen, also zwar, daß, aus welcher Ursache von dem Einem die Sache übergeben wird, aus eben derselben Ursache solche von dem Anderen übernommen und erworben werden wolle." Für Handlungen, „in welchen die Uebergabe aus einer verpflichtenden Ursache, um sich den Anderen verbindlich zu machen, geschieht, als bei Darlehen, Verkaufen, Tauschen" war „die beiderseitige Uebereinstimmung in die nämliche Ursach der Uebergabe unumgänglich und dergestalten erforderlich, daß in deren Ermanglung durch die Uebergabe das Eigenthum nicht übertragen werden könne" (II. Theil, Caput VI § 3, 35). Dazu auch *Spielbüchler*, Schuldverhältnis 102 f.

297 Eine im Wesentlichen inhaltsgleiche Regelung enthält II. Theil 5. Capitel § 4 Entwurf Horten: „Würde aber die Sache von dem Einem aus einer anderen Ursache übergeben, und von dem Anderen aus anderer Ursache angenommen, so ist zu unterscheiden, ob durch die Uebergabe eine vorhero bestandene Verbindlichkeit erfüllet oder eine neue Verbindlichkeit eingegangen werde. Im ersten Falle stehet dieses der Giltigkeit der Uebergabe nicht im Wege, wofern es nur wahr ist, daß die Sache, so übergeben worden, entweder aus der Ursache, aus welcher sie gegeben worden, oder aus der Ursache, aus welcher sie angenommen worden, gebühret habe. Im zweiten Falle hingegen, wenn eine neue Verbindlichkeit eingegangen wird, wo weder der Uebergebende noch der Uebernehmende sich vorher Einer mit des Anderen Gesinnungen vereiniget haben, so giebt die Uebergabe an dieser Sache kein Recht. […]"

298 II. Theil 6. Hauptstück § 3 Entwurf Martini: „Obschon nun in verschiedenen Fällen das Eigenthum auch durch das Gesetz von Einem an den Andern übertragen, oder durch letztwillige Anordnung vermacht, oder durch richterlichen Spruch zuerkannt wird, so kömmt es doch im Grunde immer auf den beiderseitigen Willen des alten und neuen Eigenthümers an."

299 II. Theil 6. Hauptstück § 12 Entwurf Martini: „Wenn die Abtretung des Eigenthumes unter einem Titel, dessen Uebernahme aber unter einem anderen Titel erfolgt, so kömmt doch die Veräußerung und die Erwerbung zu Stande, wenn nur jeder Titel für sich dazu hinreichend und im Uebrigen der Wille einstimmig ist."

300 Dagegen spricht vor allem das in der unmittelbar nachfolgenden Bestimmung (II. Theil 6. Hauptstück § 13 Entwurf Martini) genannte Beispiel: „Gesetzt nun, daß der Eigenthümer seine Sache Jemanden ohne Entgelt zu überlassen gesinnt wäre, der Uebernehmer hingegen solche gegen Entgelt an sich zu bringen vermeinte, so geht

dürfte dieses Konzept in Österreich erst durch die Arbeiten von *Exner*[301] und *Unger*[302] rezipiert worden sein[303]. Dagegen hat man als Kernargument ins Treffen geführt, es sei lebensfremd anzunehmen, die Parteien wollten einen eigenständigen dinglichen Vertrag schließen[304], weil sich die allermeisten Normadressaten darunter nichts vorzustellen vermögen[305]. Heute sieht es die in Österreich **herrschende Auffassung**[306] jedoch als eine Voraussetzung für die Übertragung dinglicher Rechte an, dass ein Verfügungsgeschäft zustande kommt.

demungeachtet das Eigenthum von dem Einen zu dem Andern über, weil doch überhaupt der Eine sein Eigenthum auf den Andern zu übertragen und dieser solches zu erwerben den Willen hatte.“ Hier bleibt – wie *Spielbüchler*, Schuldverhältnis 103, betont – offen, ob tatsächlich allein der übereinstimmende Übertragungswille für den Rechtsübergang ausreicht oder ob nicht doch das besondere Verhältnis der beiden Titel ausschlaggebend sein soll. Im Gegensatz dazu gehen *Rappaport*, FS ABGB II 400 (415), und *Brandt*, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft 59 und 63, davon aus, nach dem *Entwurf Martini* sei tatsächlich bereits ein (abstrakter) dinglicher Vertrag erforderlich gewesen. Weiterführend (mit im Ergebnis anderer Ansicht) *Hofmeister*, Liegenschaftserwerb 22 ff mit umfangreichen Nachweisen.

301 Rechtserwerb durch Tradition 4 ff.

302 System[5] II 9 f FN 30.

303 Ebenso *Randa*, Eigenthumsrecht[1] 249 f; zustimmend *Krasnopolski*, KVJS 27, 478 (490).

304 *Peters*, JURA 1986, 449 (449); ebenso *Meinhart*, Übertragung des Eigentums 27.

305 *F. Bydlinski*, FS Larenz 1027 (1035), stellt den Befund äußerst „diffuser Rechtsfolgenvorstellungen“ der Parteien auf. Jüngst *Spielbüchler*, FS 200 Jahre ABGB 1433 (1435 f).

306 Etwa *E. Wagner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB-Klang[3] § 425 Rz 4: Willensübereinstimmung der Parteien, über die Sache zu verfügen, das heißt die dingliche Einigung ist Teil des Verpflichtungsgeschäfts; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 425 Rz 2: rechtsgeschäftliche Einigung über den Rechtsübergang, der sogenannte dingliche Vertrag, ist im Grundgeschäft enthalten (siehe aber *denselben*, JBl 2010, 674 [674 f]; dazu *Koziol*, FS P. Bydlinski 599 [601]); *Mader* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.03] § 425 Rz 2: Übereignung ist nach traditioneller Ansicht Verfügungsgeschäft, das die Willenseinigung über den Eigentumsübergang enthält; *Koziol*, FS Bydlinski 599 (600 ff); *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 6/40; *Eccher/Riss* in KBB, ABGB[6] § 425 Rz 1 je mit weiteren Nachweisen. Aus dem frühen Schrifttum etwa *Affolter*, ArchBR 8, 1 (1 und 25 ff): „Die Uebergabe und Uebernahme einer Sache […] beruht auf einem Einverständnisse des Tradenten und des Empfängers und wird deshalb häufig als Vertrag bezeichnet.“

II. Ist die dingliche Einigung frei widerrufbar? – Positionsbestimmung

1. Wechselwirkung von Abstraktionsprinzip und Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung

a. Vorüberlegungen

Stellt man jene Regelungsprinzipien des ABGB und des BGB einander gegenüber, die den derivativen Eigentumserwerb tangieren[307], zeigt sich zunächst eine Übereinstimmung im grundsätzlichen Modell: Hier wie dort folgt das Sachenrecht dem Traditionsprinzip und dem Trennungsprinzip. Gleichzeitig treten aber **zwei wesentliche Unterschiede** zutage: Zum einen setzt das BGB das *Abstraktionsprinzip* um, während das ABGB auf dem Prinzip der kausalen Tradition aufbaut. Zum anderen vertritt man in Deutschland im Gegensatz zu Österreich, die dingliche Einigung sei vor der sogenannten Kundbarmachung nicht bindend. Der erste Unterschied – der Verzicht des BGB auf die kausale Verknüpfung von Verpflichtungsgeschäft und Verfügung (**Abstraktion**) – lässt sich mit der Entstehungsgeschichte der deutschen Kodifikation erklären[308], insbesondere mit dem starken Einfluss *Savignys* und seiner Lehre[309]. Für den zweiten Unterschied, die unterschiedliche Beurteilung der **Bestandskraft der dinglichen Einigung** (Bindungswirkung oder freie Widerrufbarkeit), ist hingegen prima vista kein plausibler Grund ersichtlich. Bei näherer Überlegung könnte der Umstand eine Rolle spielen, dass diese beiden Abweichungen – Abstraktion und Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung – gerade in Kombination miteinander auftreten. Der Verdacht, dass ein solcher Zusammenhang besteht, erhärtet sich, wenn man auf die Regelungen des DCFR zum derivativen Eigentumserwerb blickt: Auch dieses Regelwerk verlangt für den Rechtserwerb ein wirksames Kausalgeschäft[310]; und auch dort geht man – wie selbstverständlich – von einer Bindungswirkung der dinglichen Einigung aus[311].

307 Oben 2. Kapitel § 3 A; S 59 ff.

308 Zur Entwicklung des Abstraktionsprinzips in Deutschland eingehend *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 134 ff, sowie *Stadler*, Verkehrsschutz 49 ff. Weiterführend und mit zahlreichen Hinweisen auch *Heck*, Dingliches Rechtsgeschäft 2 ff.

309 Vgl die Nachweise oben S 61 bei und in FN 272.

310 VIII. – 2:101 para 1(d): "The transfer of ownership of goods under this chapter requires that […] (d) the transferee is entitled as against the transferor to the transfer of ownership by virtue of a contract or other judicial act, a court order or a rule of law." Die Erläuterungen dazu (*von Bar/Clive*, DCFR VIII.–2:101 comments A(a) [S 4379]) stellen klar, dass unter dem Begriff *entitlement* keinesfalls die Verfügungsbefugnis des Veräußerers zu verstehen ist, sondern vielmehr der schuldrechtliche Anspruch (Titel) des Erwerbers auf die Übertragung des Eigentums.

311 *Von Bar/Clive*, DCFR VIII.–2:101 comments D(b) (S 4419): "[T]he real agreement would […] have binding effect so that subsequent declarations […] could not undermine its validity and effectiveness." Wie bereits dargestellt (oben S 47 f) verzichtet der

Bevor sich aus dem Meinungsstand zur deutschen Rechtslage weitere Rückschlüsse auf das österreichische Recht ziehen lassen, muss man daher zunächst der Frage nachgehen, ob es nicht womöglich allein am Abstraktionsprinzip liegt, dass das deutsche Sachenrecht die Bindungswirkung der dinglichen Einigung anders behandelt; diesfalls käme der abweichenden Beurteilung nach BGB für das heimische Sachenrecht keine oder nur geringe Aussagekraft zu.

b. Schutzziel und Wirkungsweise des Abstraktionsprinzips

1. Das im ABGB verwirklichte Prinzip der kausalen Tradition schützt vorrangig die Position des Veräußerers als Eigentümer; im Gegensatz dazu dient das Abstraktionsprinzip des BGB besonders dem **Verkehrsschutz**, also den Interessen Dritter, die nicht am Veräußerungsgeschäft beteiligt sind[312]: Gilt das Abstraktionsprinzip, kann der Erwerber nämlich trotz eines mangelhaften Verpflichtungsgeschäfts mit dem Veräußerer dennoch wirksam zugunsten eines Dritterwerbers verfügen, ohne dass beim Dritterwerber die Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb vorliegen müssen. Das Abstraktionsprinzip schützt auf diesem Weg die neu geschaffene dingliche Güterzuordnung (beim Dritterwerber) und erhöht so die Güterumlauffähigkeit.

2. Indem die Rechtsordnung die Rechtsposition des Dritten und damit verbunden die überindividuellen Verkehrsinteressen derart weitreichend schützt, greift sie gleichzeitig in die Interessen des ursprünglich Berechtigten ein, opfert also das **Bestandsinteresse des Veräußerers**. Den Schutz des Dritten durch das Abstraktionsprinzip erkauft man demnach zu einem Preis, den der wahre Berechtigte zu zahlen hat. Solche Spannungsverhältnisse zwischen den Interessen der Beteiligten bilden geradezu ein Spezifikum des Privatrechts und lassen sich – wie man überzeugend herausgestrichen hat[313] – nur nach dem Prinzip der zweiseitigen Rechtfertigung auflösen: Danach vermag es eine einseitige, nur auf ein Subjekt bezogene Argumentation alleine nicht zu rechtfertigen, dass bestimmte Rechtsfolgen eingreifen. Wer Rechte und Pflichten, Lasten und Vorteile, Risken und Chancen zwischen Privatrechtssubjekten verteilt, muss immer auch beantworten, warum die positiven Folgen für einen Beteiligten zu negativen Folgen zulasten gerade eines bestimmten Anderen führen sollen und umgekehrt.

DCFR darauf, die dingliche Einigung (real agreement) als Voraussetzung des Rechtserwerbs zu statuieren (kritisch dazu *Stadler*, JZ 2010, 380 [385]).

312 Darauf weist *Jhering*, Geist des römischen Rechts 201 ff und 461 ff, hin. Siehe auch *Hagen*, AcP 167, 481 (489); *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 42 (S 56); *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 137 f, sowie eingehend *Stadler*, Verkehrsschutz *passim* (insbesondere 202 ff).

313 *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 92 ff; *derselbe*, AcP 204, 309 (341 ff); *derselbe*, FS Koziol 1355 (1355 ff).

3. Betrachtet man das Abstraktionsprinzip im Lichte der Maxime der zweiseitigen Rechtfertigung, wird klar, dass sein Schutzobjekt **nur** die **Interessen des Dritterwerbers, das heißt die Verkehrsinteressen** sind, *nicht* hingegen jene des Erwerbers[314]: Dabei ist Ausgangspunkt, dass eine rechtsgrundlose Rechtsübertragung keinesfalls – also weder bei kausaler noch bei abstrakter Ausgestaltung des Eigentumserwerbs – von Bestand ist; der verfügende **Veräußerer** kann nämlich jedenfalls die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung verlangen[315]. Trotz dieser Möglichkeit hat der Veräußerer dennoch ein Interesse daran, dass bereits der Eintritt der Rechtsminderung, also die Wirksamkeit der Übereignung, von der Gültigkeit des kausalen Geschäfts abhängt. Denn nur in diesem Fall – das heißt bei Geltung des Kausalprinzips – trägt er nicht das Risiko, seinen Rückforderungsanspruch bloß als Insolvenzforderung geltend machen zu können; vielmehr kann er vindizieren (§ 366 ABGB) oder aussondern (§ 44 IO); der Veräußerer trägt daher – anders als nach dem Abstraktionsprinzip – kein Insolvenzrisiko[316]. Stellt man hingegen die Position des **Erwerbers** unter dem Prinzip der kausalen Tradition einerseits und unter dem Abstraktionsprinzip andererseits gegenüber, zeigt sich, dass auf seiner Seite *kein berechtigtes Interesse* existiert: Für ihn macht es nämlich keinen Unterschied, ob er das betreffende Recht qua Bereicherungsrecht rückübertragen muss (Abstraktionsprinzip) oder ob er das Recht erst gar nicht erwirbt (Kausalprinzip) und daher einer Vindikation ausgesetzt ist[317].

Ein Wechsel vom Kausal- zum Abstraktionsprinzip verschlechtert also die Position des Veräußerers, weil man ihn mit dem Insolvenzrisiko belastet; für die Position des Erwerbers bedeutet der Wechsel jedoch keinen relevanten Unterschied. Sucht man nach der erforderlichen zweiseitigen Rechtfertigung für die nachteiligen Rechtsfolgen, die das Abstraktionsprinzip auf der Veräußererseite auslöst, hilft es demnach nicht weiter, auf die Position des Erwerbers zu blicken. Vielmehr ist es notwendig, Verkehrsinteressen in diese Gleichung miteinzubeziehen, also die Interessen Dritter, die im Verkehr stehen und denen der Erwerber das fragliche Recht in der Zwischenzeit übertragen hat. In der Tat wirkt sich das Abstraktionsprinzip in der Sphäre der Dritterwerber aus, und zwar vorteilhaft: Um sich des Rechtserwerbs sicher zu sein, sind sie nicht genötigt, mehr zu prüfen als die Wirksamkeit des dinglichen Vollzugsgeschäfts; sie müssen sich nicht um Verpflichtungsgeschäfte kümmern, die zeitlich bereits

314 Dazu und zum Folgenden *Heck*, Sachenrecht 119 und 121. Siehe auch *denselben*, Dingliches Rechtsgeschäft 17 ff und 20 ff; ihm folgend *Oechsler* in MünchKomm-BGB[9] § 929 Rz 10.

315 Oben S 61 FN 274.

316 Die unterschiedlichen Konsequenzen der beiden Gestaltungsformen – Kondiktion einerseits und Vindikation andererseits – streicht auch *Rother*, AcP 169, 1 (14 f), deutlich heraus, doch scheint er daraus nicht den Schluss zu ziehen, dass auch die Zuweisung des Insolvenzrisikos unmittelbar damit verbunden ist.

317 In diesem Sinne auch *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1 III.1.d.cc (S 34).

weit zurückliegen können. Teilweise umschreibt man den Zweck des Abstraktionsprinzips deshalb mit dem sogenannten **Klarheitsinteresse**[318].

4. Deutet man die Rechtsfolgen nach Abstraktionsprinzip und Kausalprinzip im Lichte der Maxime der zweiseitigen Rechtfertigung, zeigt sich allerdings auch eine Schwäche dieser beiden Gestaltungsformen: Die beim Rechtserwerb tangierten Interessen der Beteiligten lassen sich dabei nur sehr **grob und vereinfachend gegeneinander abwägen**, denn man kann lediglich zwischen den beiden Extremlösungen des Abstraktions- und des Kausalprinzips wählen[319]; keine der beiden Gestaltungsformen erlaubt es, in den Ergebnissen näher anhand der individuellen Interessenlagen zu differenzieren. Die Interessen der Beteiligten können durchaus verschiedenen Inhalt und unterschiedliches Gewicht aufweisen; es liegt daher auf der Hand, dass Alles-oder-Nichts-Lösungen – wie sie wegen der fehlenden Differenzierungsmöglichkeiten nach beiden Prinzipien in Kauf zu nehmen sind – mit dem Prinzip der zweiseitigen Rechtfertigung nicht durchgehend in Einklang stehen.

c. Korrektur und Abmilderung nicht hinreichend differenzierender Ergebnisse

1. Weder die vollkommene Abstraktion noch die vollkommene Kausalbezogenheit des Rechtserwerbs bieten ein Regelungsmodell, das den Anforderungen der Maxime der zweiseitigen Rechtfertigung und jenen des Rechtsverkehrs in allen Fallkonstellationen ausreichend gerecht wird[320]. Dass weitreichende und uneingeschränkt formulierte Grundprinzipien unzulänglich sind, um damit alle Fallkonstellationen sachgerecht zu erfassen, lässt sich im Privatrecht generell beobachten: An sich gültige, aber „einseitig-monopolistische“ und übertrieben angewendete Prinzipien führen zu radikalen und extremen Positionen; wer den Anspruch stellt, den bestmöglich abgewogenen Ausgleich zwischen den tangierten Interessen zu finden, muss sich auf die Suche nach **Mittellösungen** begeben[321].

Deshalb überrascht es wenig, dass Rechtsanwender in Praxis und Lehre versuchen, unbefriedigende Lösungen, die die konsequente Anwendung des jeweiligen Prinzips vorgibt, mit verschiedenen Mitteln zu vermeiden – und zwar

318 *Heck*, Dingliches Rechtsgeschäft 31 ff; in diesem Sinne auch *Oechsler* in MünchKomm-BGB[9] § 929 Rz 10. Dafür lässt sich als Beleg auch eine Passage aus den Materialien zum BGB anführen (*Motive* BGB III 6): „Aus der selbständigen Stellung, welche das Sachenrecht in dem Systeme des Privatrechts einnimmt, folgt mit Notwendigkeit, daß die Gesetzgebung auch die Rechtsgeschäfte, welche den sachenrechtlichen Verkehr vermitteln, unabhängig von den Rechtsgeschäften anderer Teile des Systems auffassen und gestalten muß.“ Siehe auch Protokolle III 53.

319 Explizit für das Abstraktionsprinzip *Hagen*, AcP 167, 481 (489).

320 In diesem Sinne auch *Rother*, AcP 169, 1 (10).

321 *F. Bydlinski*, AcP 204, 309 (insbesondere 329), der daher die „Suche nach der Mitte als Daueraufgabe des Privatrechts“ bezeichnet.

sowohl in Rechtsordnungen, die das Abstraktionsprinzip verwirklicht haben, wie auch in solchen, die dem Kausalprinzip folgen. Dies geschieht insbesondere im Wege von dogmatisch konstruierten **Prinzipdurchbrechungen** beziehungsweise -korrekturen; bisweilen auch mithilfe anderer, rechtstatsächlicher Phänomene, die vor allem in der Rechtsprechung zu beobachten sind[322]. Dementsprechend hat man im Schrifttum[323] zugestanden, dass Abstraktion und Kausalbezogenheit nicht im Sinne eines Entweder-Oder, sondern nur im Sinne einer graduell abgestuften Wirkung in Erscheinung treten können.

So sind für den deutschen Rechtsbereich drei Fallgruppen anerkannt, in denen das Abstraktionsprinzip durchbrochen ist[324]; diese Ausnahmen sollen in bestimmten Konstellationen das Ergebnis vermeiden, dass der abstrakt Erwerbende (und seine Gläubiger) auf Kosten des Verfügenden (und dessen Gläubigern) rechtsgrundlos bereichert sind[325]. Dasselbe – spiegelbildliche – Bedürfnis nach Prinzipdurchbrechungen verspürt man in Rechtsordnungen, die nicht auf dem Abstraktions-, sondern auf dem Kausalprinzip aufbauen: Dort versucht man, jene Ergebnisse zu korrigieren beziehungsweise zu mildern, die an sich vorgegeben sind, wenn man das Kausalprinzip starr anwendet. Für diese Rechtsordnungen haben rechtsvergleichende Untersuchungen[326] zutage gefördert, dass – vor allem in der Rechtspraxis – eine vergleichsweise starke Tendenz besteht, das der Verfügung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft aufrecht zu halten beziehungsweise als wirksam zu beurteilen; ist man in dieser Frage großzügig, erzielt man im Ergebnis eine ähnliche Stabilität der dinglichen Güterzuordnung wie bei Geltung des Abstraktionsprinzips.

2. Resümierend zeigt sich: Unabhängig davon, für welche Gestaltungsform von Verfügungen sich eine Rechtsordnung entschieden hat – abstrakt oder kausal –, die getroffene Wahl beeinflusst stets auch **andere Rechtsgrundsätze und Rechtsinstitute** oder sie lässt solche entstehen[327]. Die eben angestellten Überlegungen zur Wechselwirkung und Notwendigkeit von Prinzipienkorrekturen bilden deshalb meines Erachtens einen ersten Ansatz, um Zweck und Stellenwert der freien Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung zu erklären: Widerrufbarkeit und Unwiderrufbarkeit der dinglichen Einigung sind zwei Positionen einer Stellschraube, die die Alles-oder-Nichts-Ergebnisse von Abstraktions- und Kausalprinzip abmildern soll.

322 Vgl *Rother*, AcP 169, 1 (16).
323 *Rother*, AcP 169, 1 (10).
324 Zu den Fallgruppen (Fehleridentität, Bedingungszusammenhang und Geschäftseinheit) vgl im Einzelnen *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 50 ff, *Stadler*, Verkehrsschutz 81 ff, sowie auch schon *Heck*, Sachenrecht 120 f.
325 Diesen Zweck der Ausnahmen vom Abstraktionsprinzip streicht etwa *Stadler*, Verkehrsschutz 82, ausdrücklich hervor.
326 *Stadler*, Verkehrsschutz 202 ff.
327 Zu diesem Befund der Wechselwirkungen zwischen abstrakter und kausaler Gestaltung von Verfügungen und anderen Rechtsinstituten eingehend *Stadler*, Verkehrsschutz 97 ff.

3. Wie die (Un-)Widerrufbarkeit auf das **Abstraktionsprinzip** wirkt, wird sichtbar, sobald man sich vor Augen hält, welche **Konsequenz ein Widerruf der dinglichen Einigung** im (oben beschriebenen) typischen Fall nach sich zieht:

3.1. Liegt der Rechtsübertragung an den Erwerber ein unwirksames (beziehungsweise mangelhaftes) Verpflichtungsgeschäft zugrunde, geht das Recht mit Übergabe dennoch auf den Erwerber über, doch kann es der Veräußerer bereicherungsrechtlich zurückfordern. Kann der Veräußerer die dingliche Einigung bis zur Kundbarmachung widerrufen, eröffnet ihm dies die Chance, entsprechend zu reagieren, wenn er **an der Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts zweifelt**. Er kann – trotz allenfalls[328] bereits zustande gekommener dinglicher Einigung – bis zur Übergabe (Kundbarmachung) einseitig einen Vorbehalt erklären und sich so für den Fall absichern, dass sich das Verpflichtungsgeschäft als unwirksam erweist und er die Sache von einem insolventen Erwerber kondizieren muss. Doch Widerrufbarkeit und wirksamer Vorbehalt nehmen dem Veräußerer nicht nur das Insolvenzrisiko ab; sie erschweren zudem, dass der Erwerber die Sache an Dritte weiterveräußert: Da der Erwerber infolge des Widerrufs nicht berechtigt ist, können Dritte das Eigentum nur nach den Vorschriften über den gutgläubigen Mobiliarerwerb erlangen. In der typischen Konfliktsituation **verbessert** die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung daher – verglichen mit der Lösung bei uneingeschränkter Geltung des Abstraktionsprinzips – die **Position des Veräußerers**: Seine Interessen genießen erhöhten Schutz; dies zulasten der Verkehrsinteressen.

Allerdings: Konstellationen, in denen die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung dem Veräußerer tatsächlich einen unmittelbaren Vorteil bringt, sind verhältnismäßig begrenzt. Nur wenn der Veräußerer *über die Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts Zweifel* hegt, eröffnet ihm die Widerrufbarkeit zusätzliche Möglichkeiten. Unter diesen Vorzeichen wird er nämlich darum bemüht sein, sich möglichst auf eine solche Weise abzusichern, die das Risiko etwaiger Ansprüche des Erwerbers auf Ersatz des Verspätungs- oder Nichterfüllungsschadens gering hält. Dies kann der Veräußerer unkompliziert erreichen, indem er die Sache – wenngleich unter Vorbehalt – real übergibt, sodass sie der Erwerber gebrauchen kann; dadurch vermeidet der (zweifelnde) Veräußerer Nachteile des Erwerbers, die aus einer Erfüllungsverweigerung resultieren können, ohne das Risiko in Kauf zu nehmen, seine Kondiktion wegen Insolvenz des Erwerbers nicht durchsetzen zu können[329].

328 Tendenziell geht man in Deutschland vom Zustandekommen im Zeitpunkt der Übergabe aus, doch wird betont, dass nach den Umständen des Einzelfalls auch schon davor eine dingliche Einigung vorliegen kann; oben S 21 f mit Nachweisen.

329 Dies wird etwa auch deutlich bei *Widmer/Lüchinger* in Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, CISG[7] Art 30 Rz 11 aE, die darauf hinweisen, dass ein Schaden des Käufers infolge einseitiger Erklärung des Eigentumsvorbehalts durch den Verkäufer nur schwer vorstellbar ist.

3.2. Ist sich der Veräußerer hingegen **sicher**, dass das **Verpflichtungsgeschäft ungültig** ist, so wird er nicht bloß die dingliche Einigung widerrufen und sich dadurch das Eigentum an der übergebenen Sache vorbehalten; er kann vielmehr davon absehen, die Sache zu übergeben. Denn dies steht ihm auch bei Zustandekommen einer dinglichen Einigung – mag sie nun widerrufbar sein oder nicht – jedenfalls frei. Dadurch verhindert der Veräußerer den Eigentumsübergang; auch so kann er vermeiden, sich dem Risiko der Erwerberinsolvenz auszusetzen, und zudem macht er es de facto unmöglich, dass Dritte die Sache wirksam erwerben. Ist gewiss, dass das Verpflichtungsgeschäft unwirksam beziehungsweise mangelhaft ist, bringt es dem Veräußerer daher keinen greifbaren Vorteil, wenn die dingliche Einigung widerrufbar ist.

d. Resümee: Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung als Abmilderung des Abstraktionsprinzips

1. Ist die dingliche Einigung widerrufbar, stärkt dies den Schutz der Interessen des Veräußerers zulasten der Verkehrsinteressen. Damit liegt es nahe, eine solche Ausgestaltung des Sachenrechts funktionell als **Korrekturinstrument** einzustufen: Wenn und weil das strikt angewandte **Abstraktionsprinzip** Ergebnisse hervorbringt, die zu wenig nach der konkreten Interessenlage differenzieren, kann die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung Abhilfe schaffen.

2. In diesem Licht betrachtet ließe sich erklären, weshalb man die dingliche Einigung im österreichischen Rechtsbereich anders als in Deutschland für unwiderrufbar hält: Da der derivative Eigentumserwerb nach ABGB auf dem Prinzip der kausalen Tradition aufbaut, genießen die Interessen des Veräußerers in einer Vielzahl der Kollisionsfälle ohnehin weitgehend – nämlich jedenfalls bei Unwirksamkeit und bei ex tunc wirkender Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäfts[330] – gleichen Schutz, wie sie ihm die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung böte: Trotz Übergabe der Sache geht das Eigentum nicht

330 Freilich genießt der Veräußerer nach dem ABGB (kausale Tradition ohne Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung; *Fall A*) nicht exakt denselben Schutz wie ein Veräußerer nach deutscher Rechtslage (Abstraktionsprinzip mit freier Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung, *Fall B*): Beseitigt ein Mangel des Verpflichtungsgeschäfts dieses bloß mit *sachenrechtlicher ex nunc-Wirkung* (etwa Wandlung nach § 932 Abs 4 ABGB), steht dem Veräußerer in *Fall A* nur ein obligatorischer (nicht insolvenzfester) Anspruch auf Rückübereignung zu, während der Veräußerer in *Fall B* bei Übereignung unter Vorbehalt (infolge Widerrufs der dinglichen Einigung) jedenfalls mit Vindikation vorgehen kann. In dieser Konstellation schützt die deutsche Lösung (Abstraktionsprinzip samt Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung; *Fall B*) daher die Interessen des Veräußerers umfassender. Damit sind die Ergebnisse nach österreichischer und deutscher Rechtslage zwar nicht völlig deckungsgleich; es lässt sich meines Erachtens aber immerhin sagen, dass sich die Schutzniveaus für den Veräußerer im typischen Kollisionsfall nach ABGB und nach BGB einander annähern, wenn man die dingliche Einigung bei Geltung des Abstraktionsprinzips als widerrufbar anerkennt.

auf den Erwerber über, der Veräußerer ist bei mangelhaftem Titelgeschäft also nicht mit dem Insolvenzrisiko belastet; und sollte der Erwerber die Sache weiterveräußern, kann der Veräußerer sein Eigentum nur verlieren, wenn ein Dritter unter den engen Voraussetzungen des Gutglaubenserwerbs (§ 367 ABGB) Eigentum erlangt. Gilt das Kausalprinzip, verbessert die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung daher die Rechtsposition des Veräußerers in den typischen Fällen der Kollision seiner Interessen mit Verkehrsinteressen nicht in demselben Ausmaß wie bei Geltung des Abstraktionsprinzips. Im System des ABGB, das auf dem **Kausalprinzip** beruht, erweist es sich damit als **weniger erforderlich**, die dingliche Einigung als widerrufbar anzusehen.

3. Die eben angesprochene Wechselwirkung zwischen dem Abstraktionsprinzip und dem dadurch besonders stark verwirklichten Verkehrsschutz einerseits sowie der freien Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung anderseits, hat man – soweit überblickbar – bislang noch nicht diagnostiziert; daher wurde sie auch nicht als Ursache dafür in Betracht gezogen, dass man die dingliche Einigung als widerrufbar ansieht[331]. Gleichwohl sollte nicht übersehen werden, dass es – vor allem in der Disziplin der Rechtsvergleichung – kein unbekanntes Phänomen ist, wenn die Dogmatik Institute entwickelt und die Praxis der Rechtsanwendung Tendenzen hervorbringt, die die Effekte von gesetzlich vorgegebenen Prinzipien nachjustieren und korrigieren[332], insbesondere um damit der Maxime der beidseitigen Rechtfertigung zu entsprechen. Man hat somit zwar keine Referenz und noch viel weniger ein zwingendes Argument bei der Hand, wonach das Abstraktionsprinzip die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung bedingt oder erforderlich macht. Jedoch erscheinen die zuvor angestellten Überlegungen wohl geeignet, um nachvollziehbar zu erklären, weshalb man für die Rechtslage nach BGB und jene nach ABGB konträre Positionen vertritt, ohne dass dafür prima vista ein Grund greifbar wäre. Eine andere, auf dogmatischen Überlegungen beruhende Begründung für diesen Unterschied zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage, der zudem aus dem positiven Recht nicht herzuleiten ist, hat man bisher – soweit ersichtlich – nicht vorgebracht.

2. Rechtfertigung der Bindungswirkung der dinglichen Einigung – Meinungsstand

Dass das österreichische und das deutsche Privatrecht die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung unterschiedlich behandeln, ist nach den bisherigen Über-

331 Zweifelhaft muss sogar sein, ob man sich überhaupt dessen bewusst ist, dass ein solcher Mechanismus – Feinjustierung des Verkehrsschutzes durch die Hintertür bei Beibehaltung der Grundsatzentscheidung für Abstraktions- oder Kausalprinzip – gewollt ist; in diesem Sinn *Stadler*, Verkehrsschutz 203, in einem anderen, jedoch vergleichbar gelagerten Zusammenhang.

332 Siehe etwa *Stadler*, Verkehrsschutz 203.

legungen damit zu begründen, dass auf diesem Weg das Abstraktionsprinzip in seinen strengen Wirkungen korrigiert wird. Eine solche Deutung kann jedoch lediglich ein Motiv präsentieren, das der österreichischen Auffassung – wahrscheinlich bloß unbewusst – zugrunde liegt. Diese Erkenntnis entbindet noch nicht davon zu prüfen, ob sich der österreichische Standpunkt mit den Regelungsprinzipien des ABGB vereinbaren lässt. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob und mit welcher **dogmatischen Begründung** die Bindungswirkung der dinglichen Einigung bejaht werden kann.

a. Die These vom Vertragscharakter

1. Österreichische Autoren, die sich *gegen* die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung aussprechen, führen dazu durchwegs deren Vertragscharakter ins Treffen. Nach *Spielbüchler* fallen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft im Grundgeschäft zusammen[333], und dieses ist maßgebend dafür, welchen Sinn die Parteien der Übergabe beilegen[334]; der zur Übergabe Verpflichtete vermag nicht zu verhindern, dass das Eigentum durch tatsächliche Leistung übergeht, weil (und wenn) er der Übergabe den im Grundgeschäft festgelegten Erfüllungscharakter nicht nehmen könne[335]. *Spielbüchler* überträgt damit die vertragliche Bindungswirkung des Grundgeschäfts implizit auf die dingliche Einigung. Noch deutlicher formuliert *F. Bydlinski*[336]: Schon vor dem Wirksamwerden der im Grundgeschäft liegenden dinglichen Einigung – also vor Übergabe – könne kein Teil einseitig von der Einigung Abstand nehmen; dies erkläre „sich zwanglos aus der im Allgemeinen bestehenden bindenden Kraft gültig geschlossener Verträge.“ *Bollenberger*[337] sieht im Verfügungsgeschäft die Erklärung an den potentiellen Erwerber, Eigentum übertragen zu wollen, und dieser sei in seinem Vertrauen auf den Bestand einer solchen Erklärung zu schützen. Könnte der Veräußerer seine Erklärung schrankenlos wegen Irrtums anfechten, wäre die Verkehrssicherheit genauso, wenn nicht sogar noch mehr beeinträchtigt wie durch eine uneingeschränkte Beachtlichkeit von Irrtümern beim Verpflichtungsgeschäft. Auch *Holzner*[338] sieht die dingliche Einigung als bindend an. Zuletzt hat *Koziol*[339] der herrschenden Auffassung beigepflichtet.

2. Nahezu sinngleiche Begründungen bieten jene (wenigen) **deutschen** Stimmen an, die die dingliche Einigung als unwiderrufbar ansehen und sich damit der Mindermeinung zur BGB-Rechtslage anschließen: Für die dingliche Eini-

333 Schuldverhältnis 110.
334 *Spielbüchler*, Schuldverhältnis 112.
335 *Spielbüchler*, JBl 1971, 589 (594 f); *derselbe*, Schuldverhältnis 112 f.
336 In Klang/Gschnitzer, ABGB^2 IV/2, 375 und 476; *derselbe*, FS Larenz 1027 (1035).
337 Zahlungsunfähigkeit 94 f.
338 In Kletečka/Schauer, ABGB-ON$^{1.05}$ § 358 Rz 12 FN 68; *derselbe* in Rummel/Lukas, ABGB^4 § 425 Rz 2.
339 FS P. Bydlinski 599 (610 f).

gung stünden die allgemeinen Grundsätze gleichermaßen in Geltung, wonach bei erklärtem Konsens eine bindende Abrede vorliege, soweit keine Ausnahmen gälten[340]. Diese bindende Kraft des Vertrages entspreche der anerkannten Herrschaft der Privatautonomie und den Anforderungen an Treu und Glauben; jeder Teil solle sich nach dem Austausch von Erklärungen auf ihre Wirkung verlassen dürfen[341]. Es sei schwerlich einzusehen, weshalb die Einigung, die nach allgemeiner Ansicht Vertrag sei, die Beteiligten anders als andere Verträge nicht binden solle[342]. Es bestehe kein Grund, es den Parteien entgegen den anerkannten Grundsätzen des Rechts zu erlauben, dass sie vom geschlossenen Vertrag abgehen; deshalb seien sowohl die Einigung als auch der Antrag auf die Einigung bindend[343].

Nur selten betreibt man Begründungsaufwand, der über eine Berufung auf den Vertragsgedanken hinausgeht. Dazu bekämpft man vor allem das *für* die Widerrufsmöglichkeit ins Treffen geführte Wortlautargument aus § 929 BGB[344]: Nach dieser Bestimmung setzt die Eigentumsübertragung voraus, dass „der Eigentümer dem Erwerber die Sache übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll“. Die herrschende Auffassung versteht diese Gesetzesstelle dahin, dass beide *noch immer* darüber einig sein müssen, dass das Eigentum übergeht, dass also kein Teil die Einigung widerrufen hat (woraus sich implizit Widerrufbarkeit ergebe). Demgegenüber lesen die Verfechter der Unwiderrufbarkeit der dinglichen Einigung § 929 BGB so, dass „der Eigentümer dem Erwerber die Sache übergibt und beide [*spätestens dann*] darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll“.

3. Im Grundsatz kann man freilich keine Vorbehalte gegen die Regel anmelden, wonach die Parteien eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts von diesem einseitig nicht abgehen können. Auch die dingliche Einigung kommt dadurch zustande, dass Veräußerer und Erwerber – wenngleich konkludent – den übereinstimmenden Willen erklären, Eigentum zu übertragen beziehungsweise zu übernehmen. Damit erscheint es in der Tat geboten, das Rechtsgeschäft der dinglichen Einigung ebenso als einseitig unwiderrufbar zu beurteilen wie jeden Vertrag. Wer sich gegen die Unwiderrufbarkeit der dinglichen Einigung ausspricht, muss von dieser konsequenten Argumentation abweichen und trägt somit eine beträchtliche Argumentationslast.

b. Argumente für die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung

1. Auf der Suche nach einer Begründung dafür, weshalb die dingliche Einigung entgegen dieser ersten Analyse doch widerrufbar sein soll, wird man in erster

340 *Endemann*, Bürgerliches Recht[6] II 76. Ebenso hängen *Schödermeier/Woopen*, JA 1985, 622 (624), und *Wank/Kamanabrou*, JURA 2000, 156 (158), der Vertragsthese an.
341 *Heck*, Sachenrecht 133 ff und 233.
342 *H. P. Westermann* in Westermann, Sachenrecht[8] § 37 II.5. (S 315 f).
343 *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1 III.2.b (S 38) und § 9 I.1 (S 291).
344 *Wank/Kamanabrou*, JURA 2000, 156 (156 f).

Linie in Stellungnahmen zum deutschen Rechtsbereich fündig; dies deshalb, weil man in Österreich – wie dargestellt[345] – heute einhellig von der Unwiderrufbarkeit der dinglichen Einigung ausgeht. Soweit überblickbar hat Gegenteiliges für das **österreichische Recht** bislang nur *Exner*[346] im Jahre 1867 vertreten. *Exner* war der Auffassung, selbst der „acceptierte Eigenthums-Übertragungswille [erzeuge] keine Rechtswirkung" und könne bis zur Übergabe „stets widerrufen, und dadurch das Zustandekommen eines wirksamen dinglichen Vertrages vereitelt werden". Zu diesem Ergebnis gelangt *Exner*, weil er die Übergabe als Formerfordernis des Verfügungsgeschäfts interpretiert[347]: Erst in dem Zeitpunkt, in dem Form und Inhalt des dinglichen Geschäfts zusammentreffen, komme „der dingliche Vertrag zu rechtlicher Existenz"[348].

2. Wendet man den nach einer Erklärung suchenden Blick nach **Deutschland**, fällt auf, dass die dort herrschende Auffassung gleich eine Mehrzahl von Argumenten gegen die Bindungswirkung der dinglichen Einigung vorträgt. Vorrangig rekurriert man dazu auf den Wortlaut von § 929 (Eigentum), § 1032 (Nießbrauch), § 1205 Abs 1 (Pfandrecht) BGB, der als Voraussetzung des Rechtserwerbs fordert, dass sich die Beteiligten „einig sind". Daraus leitet man ab[349], die Einigung (Willensübereinstimmung) müsse im Zeitpunkt der Übertragung noch immer vorhanden sein, was wiederum implizieren soll, dass sie zuvor widerrufen werden könne. Ferner bringt man § 873 Abs 2 BGB ins Spiel: Nach dieser Vorschrift sind die Beteiligten an die dingliche Einigung beim Erwerb von Grundstücken erst gebunden, sobald bestimmte formale Voraussetzungen (notarielle Beurkundung, Abgabe beim Grundbuchsamt oder Aushändigung einer Eintragungsbewilligung) vorliegen; dem für bewegliche Sachen

345 Vgl die Nachweise oben bei 2. Kapitel § 3 A.II; S 62 in FN 277 f.

346 Rechtserwerb durch Tradition 9 FN 17. *Exner* beruft sich (aaO) auf eine in der Tat unmittelbar einschlägig erscheinende Digestenstelle (*Ulpian* D. 39, 5, 6 = L. 6 D donat 39, 5): „Sed si is qui a me emerat sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi iure eximere, si antequam eximat, me paenituerit, meus lapis durat, si postea, ipsius factum avocare non possum: quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. quod in saxo est, idem erit etiam, si in arbore caesa vel dempta acciderit." Diese Stelle lässt sich sinngemäß folgendermaßen übersetzen: Wenn aber jemand von mir das Recht gekauft oder in Bestand genommen hat, dass es ihm offen stehe, einen Stein von meinem Grund mitzunehmen, und es mich reut, bevor er diesen entfernt hat, so bleibt der Stein mein Eigentum. Wenn es mich aber reut, nachdem er den Stein entfernt hat, kann ich sein Handeln nicht widerrufen.

347 In diesem Sinne verstehen auch schon *Windscheid*, Pandekten[6] I 581 f, und *Johow*, Begründung I 754 f, die Übergabe; ebenso *Randa*, Eigenthumsrecht[2] 269.

348 Rechtserwerb durch Tradition 9 f: „[W]ar also der vorher erklärte Wille des Gebers in diesem allein entscheidenden Augenblick bereits wieder zurückgenommen […], so findet die Form keinen Inhalt mehr vor und bleibt ‚leere' Form."

349 *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 36 (S 53); *Wiegand* in Staudinger, BGB (2017) § 929 Rz 78 und 83 f; *Heinze* in Staudinger, BGB (2020) § 929 Rz 80; BGH VIII ZR 66/76 in NJW 1978, 696 (697). In diesem Sinne wohl auch schon *Eccius*, ErläutDtR 47, 51 (52). Gegen diese Argumentation *Heck*, Sachenrecht 133 ff.

geltenden Übergabeerfordernis des § 929 BGB lägen derartige Schutzzwecke ebenfalls zugrunde, sodass dort eine Bindungswirkung der Einigung vor Wahrung der aufgestellten Formerfordernisse, also vor der Übergabe ebenso wenig anzunehmen sei[350]. Schließlich weist man darauf hin, die 1. BGB-Kommission[351] habe explizit die Auffassung geäußert, vor Übergabe solle „ein bindender dinglicher Vertrag nicht" vorliegen.

All diesen Argumenten[352] kommt vor dem Hintergrund der BGB-Rechtslage meines Erachtens größtenteils Überzeugungskraft zu. Um auch in der heimischen Rechtsordnung ein entsprechendes Ergebnis (also die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung) zu begründen, erweisen sie sich bei genauerer Betrachtung allerdings allesamt als untauglich. Sie basieren nämlich zur Gänze entweder auf Ausführungen in den Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB[353] oder auf Besonderheiten der deutschen Gesetzeslage, für die im österreichischen Recht keine äquivalente Regelung existiert.

Die Argumentation aus dem deutschen Rechtsbereich lässt sich somit für den ABGB-Geltungsbereich nur schwerlich oder sogar überhaupt nicht fruchtbar machen. Nach der ersten Befundaufnahme scheint für die heimische Rechtslage daher zunächst bloß das von *Exner* ins Treffen geführte Argument brauchbar, wenn man für die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung plädieren will: Bis zur Übergabe ist das Formerfordernis nicht erfüllt.

350 *Oechsler* in MünchKomm-BGB[9] § 929 Rz 42. Gegen die Zulässigkeit eines solchen Umkehrschlusses mit überzeugenden Argumenten allerdings *Schödermeier/Woopen*, JA 1985, 622 (624 f), und diesen folgend *Wank/Kamanabrou*, JURA 2000, 154 (157); dazu im Einzelnen unten S 103 FN 452.

351 *Motive* BGB III 336: „Die Uebergabe wird als ein nothwendig präsentes Moment des dinglichen Vertrages und nicht etwa als eine Bedingung der Wirksamkeit desselben bestimmt, welche sich auch nachträglich erfüllen kann." Gegen ein solches historisches Auslegungsargument unter Rekurs auf die Motive zum 1. BGB-Entwurf wenden sich allerdings *Schödermeier/Woopen*, JA 1985, 622 (624), und *Wank/Kamanabrou*, JURA 2000, 154 (156), insbesondere mit dem Hinweis, die Protokolle der 2. Kommission würden an der Bezug habenden Stelle (Protokolle III 195 f) die (fehlende) Bindung der Einigung nicht mehr ansprechen und es sei auch nicht mehr von der Übergabe „als nothwendig präsentem Moment" die Rede.

352 Bedenken gegen eine Bindungswirkung werden überdies damit begründet, dass der Veräußerer damit die Befugnis verlieren würde, eine Zweitverfügung zugunsten eines anderen Erwerbers zu treffen, was mit § 137 Satz 1 BGB (Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen) in Widerspruch stünde; *Oechsler* in MünchKomm-BGB[9] § 929 Rz 42.

353 Zum Stellenwert der Rechtsvergleichung siehe bereits oben S 25 FN 103.

III. Stellungnahme: Kritik an der Vertragsthese[354]

1. Vorüberlegungen: Bindungswirkung von Rechtsgeschäften im Allgemeinen

1. Wie dargestellt[355] begründet man die Unwiderrufbarkeit der dinglichen Einigung durchwegs pauschal mit ihrem Vertragscharakter und dem daher geltenden Prinzip der **Vertragstreue**. Soweit der gegenteilige, die Widerrufbarkeit bejahende Standpunkt eingenommen wird, nimmt man an, es greife eine **Ausnahme** zu dieser Grundregel ein; dies gilt für die These *Exners* (Übergabe als einzuhaltende Rechtsgeschäftsform) ebenso wie für die im deutschen Rechtsbereich vorgetragenen Argumente[356]. Allen Auffassungen liegt damit implizit zugrunde, dass das **Prinzip der Vertragstreue auf die dingliche Einigung im Grundsatz anzuwenden** ist; denn sogar wenn man im Ergebnis für eine freie Widerrufbarkeit plädiert, soll dies nur auf besondere Umstände zurückzuführen sein, die ausnahmsweise die an sich geltende Bindungswirkung dieses Rechtsgeschäfts beseitigen.

Diese allgemeine Grundannahme lässt sich meines Erachtens in Zweifel ziehen. Prüft man eine Ausnahme zum Prinzip der Vertragstreue, muss die Frage vorgeschaltet sein, ob und warum es überhaupt geboten ist, die Grundregel anzuwenden. Soweit überblickbar, hat man bisher noch nicht eingehend erörtert, wie Vertragstreue und Bindungswirkung für die dingliche Einigung positiv zu begründen sind. Zu kurz gegriffen wäre es dabei, die Bindungswirkung – im Anschluss an die These *Exners* – allein daraus herzuleiten, dass die Beteiligten eine (gesetzlich) vorgesehene Form (Übergabe) einhalten. Formerfordernisse erfüllen nämlich bloß die Aufgabe, den Erklärenden oder Verfügenden vor Übereilung zu schützen und/oder die Beweisbarkeit eines Rechtsgeschäfts zu sichern beziehungsweise zu erleichtern[357]. Sucht man nach dem Grund für die Bindungswirkung eines Rechtsgeschäfts, hilft ein bestimmtes Formerfordernis daher nicht weiter; damit installiert die Rechtsordnung lediglich spezielle, beim betroffenen Rechtsgeschäftstypus als notwendig angesehene Sicherungsmechanismen. Woraus sich die Bindungswirkung der dinglichen Einigung im Besonderen und eines (zweiseitigen) Rechtsgeschäfts im Allgemeinen ergibt, bleibt damit unbeantwortet.

2. Die Wirkung, dass ein Rechtsgeschäft die Beteiligten bindet, nennt man durchwegs in einem Atemzug mit dem Grundsatz der **Vertragstreue**, die das Vertrauen auf das gegebene Wort schützen will[358]. Dass dieser Erklärungsan-

354 Die folgenden Überlegungen wurden in gekürzter Form bereits an anderer Stelle veröffentlicht: *Riss*, ÖBA 2010, 215 (215 ff).
355 Oben 2. Kapitel § 3 B.II.2.a; S 76 f.
356 Vgl unmittelbar oben 2. Kapitel § 3 B.II.2.b; S 77 ff.
357 Statt aller siehe nur *Heiss*, Formmängel 61 ff.
358 Zum rechtshistorischen Ursprung dieses Grundsatzes im kanonischen Recht eingehend *Stöhr*, AcP 214, 425 (438 ff mit umfassenden Nachweisen).

satz ebenso für die dingliche Einigung taugt, scheint zweifelhaft. Seine Überzeugungskraft schwindet, sobald man den exakten Gegenstand der dinglichen Einigung und das dadurch beim Gegenüber (also beim Erwerber) begründete Vertrauen näher bestimmt. In Erinnerung zu rufen ist zunächst, dass die Bindungswirkung eines Rechtsgeschäfts nicht allein aus dem Umstand herzuleiten ist, es sei der Wille des Verpflichteten, sich selbst zu binden. Bei einer solchen Begründung wäre nämlich auch der Fortbestand der Bindung durch den Willen des Verpflichteten bedingt[359]. Der Verpflichtungsgrund von Rechtsgeschäften wurzelt vielmehr darin, dass die Rechtsordnung die Belange des Vertragspartners und des rechtsgeschäftlichen Verkehrs überhaupt berücksichtigt[360]; die Bindung der Beteiligten an ein Rechtsgeschäft ist im Gedanken der **Verkehrssicherheit** zu sehen[361]: Die Rechtsordnung erfüllt ihre Ordnungsaufgabe, indem sie Verkehrssicherheit gewährleistet, was erfordert, dass die einzelnen Rechtssubjekte ihre Rechtsbeziehungen in bindender Weise regeln können, damit der Einzelne in gewissem Rahmen das Verhalten der anderen, mit denen er in Berührung kommt, voraussehen und einplanen kann[362]. Will man die ökonomische Analyse des Rechts bemühen, so ist in der Bindungswirkung dementsprechend nichts anderes zu sehen als ein Garant für ökonomische Effizienz[363]: Könnten sich die wirtschaftlichen Akteure (Rechtssubjekte) auf ein in die Zukunft gerichtetes Verhaltensprogramm nicht bindend festlegen, fänden komplexe Transaktionen überwiegend nicht statt. Eine entwickelte Volkswirtschaft könnte so nicht mehr funktionieren; das Wohlstandsniveau wäre jedenfalls geringer. Dieser Gedanke der Verkehrssicherheit kann noch präzisiert werden: Es sei somit geboten, den Empfänger einer Erklärung im Vertrauen auf den ihm bei gehöriger Sorgfalt zugänglichen Sinn der Erklärung zu schützen[364]. Hinzu

359 *F. Bydlinski*, Privatautonomie 69, im Anschluss an *Armin Ehrenzweig*, Vertragsverbindlichkeit 11 f und 80 f. Derselbe Gedanke findet sich bereits bei *Hofmann*, Entstehungsgründe der Obligationen 66 f. Anders jedoch noch *Zitelmann*, JherJB 16, 357 (391 f).

360 Gegen das Erfordernis, dass die Rechtsordnung die Vertragsbindung anordnen müsse (*Anerkennungstheorie*), zuletzt allerdings *Stöhr*, AcP 214, 425 (444 ff: Die Vertragsbindung sei „vorstaatlich").

361 *F. Bydlinski,* Privatautonomie 69; siehe auch *denselben*, System und Prinzipien 156 f, und bereits *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts 235: „Wenn jemand eine Erklärung abgibt, so fordert es die Verkehrssicherheit, daß er grundsätzlich an diese gebunden ist." Ferner ganz in diesem Sinne auch schon *Blume*, JherJB 51, 1 (17).

362 *F. Bydlinski*, Privatautonomie 135 f. Eben dieser Gedanke taucht bereits bei *Hofmann*, Entstehungsgründe der Obligationen 69, auf: „Die ersprießliche Gemeinschaft der Menschen wäre unmöglich, wenn man sich auf Verträge nicht verlassen könnte. Diese sind nämlich Tatsachen […] des ökonomischen Lebens. Auf das Versprechen ‚baut' der Promissar […]. In diesem Vertrauen macht oder auch unterlässt er anderweitige Anschaffungen; […]." Siehe auch *Schmidt-Rimpler*, AcP 147, 130 (171): „[D]er andere muss sich darauf verlassen können, daß man das erfüllt, was man versprochen hat."

363 *Eidenmüller*, AcP 210, 67 (67).

364 *F. Bydlinski,* Privatautonomie 66.

kommt der rechtsethische Gedanke der Vertragstreue[365], der gemeinsam mit dem Bedürfnis nach Verkehrssicherheit die Verbindlichkeit des Rechtsgeschäfts begründe[366].

3. Entscheidend für die Bindungswirkung der abgegebenen Erklärung ist demnach das **Vertrauen** des Empfängers auf den ihm bei gehöriger Sorgfalt zugänglichen Sinn der Erklärung[367]. Nur soweit ein solches Vertrauen besteht und schutzwürdig erscheint, ist der Erklärende gebunden[368]. Der somit maßgebende Erklärungsinhalt ist nach der einhellig anerkannten Vertrauenstheorie zu bestimmen[369]: Eine Erklärung gilt demnach generell so, wie sie ein redlicher und verständiger Erklärungsempfänger unter Beachtung aller Umstände verstehen durfte.

2. Inhalt der dinglichen Einigung und dadurch begründetes Vertrauen

a. Wesen und Inhalt der dinglichen Einigung: unmittelbare Änderung der Rechte

1. Prüft man die Bindungswirkung der dinglichen Einigung, ist es demnach erforderlich, die richtige Vorfrage zu stellen: **Welches konkrete Vertrauen** begründet es beim Erwerber, wenn die dingliche Einigung zustande kommt? Zu diesem Zweck ist der exakte **Inhalt der dinglichen Einigung** zu bestimmen. Dabei ist der Rechtsanwender allerdings mit gewissen Schwierigkeiten kon-

365 Näher zur ethischen Fundierung der Vertragsbindung, wie sie vor allem in *Immanuel Kants* Metaphysik der Sitten zu finden ist, *Stöhr*, AcP 214, 425 (443 f mit weiteren Hinweisen).

366 *F. Bydlinski*, Privatautonomie 137, der (aaO 66) aber auch anschaulich darlegt, dass grundsätzlich allein der Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit ausreiche, um die Vertragsbindung zu begründen.

367 Gegen diesen Begründungsansatz allerdings noch *Armin Ehrenzweig*, Vertragsverbindlichkeit 9 f, der einwendet, man könne nicht mit dem Vertrauen auf die Verbindlichkeit des Vertrages eben dessen Verbindlichkeit begründen, weil dies einem Zirkelschluss gleichkomme. Dabei wird allerdings nicht ausreichend gewürdigt, dass die Rechtsordnung die Belange des Vertragspartners und des rechtsgeschäftlichen Verkehrs überhaupt berücksichtigen muss, wenn sie wirtschaftliche und dem Wohlstand förderliche Dispositionen ermöglichen will. Restriktiv gegenüber dem Vertrauen als Legitimation für die Vertragsbindung äußert sich ferner *Stöhr*, AcP 214, 425 (435 ff).

368 So plastisch etwa schon *Hofmann*, Entstehungsgründe der Obligationen 66 f: „1) nicht mein Wort verbindet mich, wenn dadurch niemand zu einem Vertrauen bestimmt wurde; 2) nicht das Vertrauen des Andern verbindet mich, insoferne ich es nicht hervorgerufen habe, vielleicht davon gar nicht weiß; […] 4) ich bin nicht verbunden, wenn das Vertrauen des Andern ein unberechtigtes war.“

369 Statt aller *Kramer*, Vertragliche Einigung 57 ff; *F. Bydlinski*, Privatautonomie 5 ff; *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 863 Rz 1 und § 871 Rz 1.

frontiert. Zum Inhalt der dinglichen Einigung finden sich vor allem in **Österreich** nämlich nur wenige Stellungnahmen; und wo man sich dieser Frage nicht bloß en passant widmet, lassen die Aussagen – verglichen mit den aus dem Schuldrecht bekannten Definitionen zum Inhalt der Vertragstypen – an Schärfe vermissen. So wird etwa formuliert, die Verfügung basiere auf der (einleitenden) Erklärung des Veräußerers an den potentiellen Erwerber, Eigentum übertragen zu wollen[370]; oder: Es bedürfe die übereinstimmenden Willenserklärungen von Veräußerer und Empfänger, Eigentum zu geben und zu nehmen[371]. Etwas konkreter definiert *Ehrenzweig*[372] das Verfügungsgeschäft: Dadurch werde ein bestehendes Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben, und zwar so, dass die Einigung diese Wirkung unmittelbar herbeiführe. *Exner*[373] hat sich mit dem Wesen des dinglichen Vertrages für das österreichische Recht – soweit überblickbar – bisher am eingehendsten beschäftigt; er umschreibt ihn dahin, dass die Erklärung des gewährenden Teils den Inhalt „Du sollst haben" aufweise, während hingegen der obligatorische Vertrag der Formel „Du sollst bekommen" folge. Der dingliche Vertrag unterscheide (Hervorhebungen hinzugefügt)

> „sich vom obligatorischen Vertrag […] durch seinen charakteristischen Zweck und Inhalt: er will und kann nicht eine Forderung schaffen, sondern ein Sachenrecht, während aus jenem nur Obligationen entspringen können. Und sei es auch, daß solche Vertragsobligationen (wie z. B. unter Umständen ein Kauf) bestimmt und geeignet sind, dem Promissar mittelbar zum Erwerb eines dinglichen Rechts zu führen, so kann dieser Erwerb selbst doch wieder nur durch einen dinglichen Vertrag zu Stande kommen, der sodann jenem ersten obligatorischen Vertrag als ‚Erfüllung' gegenübersteht. Der dingliche Vertrag kann also möglicherweise die Erfüllung eines obligatorischen enthalten, er selbst aber *kann seiner Natur nach nicht erfüllt werden*, denn sein Inhalt ist ja nicht ein Bekommensollen, sondern ein Haben, *nicht ein Versprechen, sondern ein Geben*. Es wäre *widersinnig, beim dinglichen Vertrag von Erfüllung zu sprechen*, da nichts vorliegt, was erfüllt werden könnte; denn ist der Vertrag überhaupt nur rechtswirksam, dann hat der Acceptant auf nichts weiter zu warten, er hat das dingliche Recht schon durch Vertragsabschluß."

In diesem Sinn halten auch andere Autoren[374] fest, die dingliche Einigung begründe **keine Leistungspflicht**.

2. Mehr Aufmerksamkeit ist dem dinglichen Geschäft in **Deutschland** zuteil geworden. Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass *Savignys* Lehre vom

---

370 *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 94 f.

371 *Randa*, Eigenthumsrecht² 265 f. Ähnlich *Spielbüchler* in Rummel, ABGB³ § 425 Rz 2: „besondere Einigung über den Rechtsübergang" (die im Grundgeschäft enthalten ist); ebenso *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 425 Rz 2.

372 System² I/1, 288. Ebenso *Mayrhofer*, FS Schnorr 673 (674).

373 Rechtserwerb durch Tradition 5 f.

374 *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 375.

eigenständigen Verfügungsgeschäft[375] in der Phase der BGB-Redaktion bereits bekannt war und man sie in deren Zuge intensiv diskutierte[376]. Letztlich ließ der BGB-Gesetzgeber allerdings ausdrücklich offen, wie die Verfügung dogmatisch zu qualifizieren und zu konstruieren ist; diese Frage zu beantworten, übertrug er der Wissenschaft[377]. Das Inkrafttreten des BGB fachte die Kontroverse über Inhalt und Funktion des dinglichen Rechtsgeschäfts daher neu an[378]. Heute scheint man sich in Deutschland – im Ergebnis ähnlich die spärlichen österreichischen Stellungnahmen – einig darüber zu sein, dem Verfügungsgeschäft liege der übereinstimmende Wille auf Geben und Nehmen des Rechts an der Sache zugrunde[379]. Dingliche Rechtsgeschäfte seien dadurch charakterisiert, dass sie unmittelbar eine „Änderung der Rechte" eintreten lassen[380]. Demgegenüber habe das obligatorische Verpflichtungsgeschäft – über den Umweg der Verpflichtung des Schuldners – nur mittelbaren Einfluss auf die dingliche Rechtslage[381]; es diene lediglich als Motiv- und Erkenntnismittel, sei aber nicht Inhalt des dinglichen Geschäftswillens[382]. Sein Inhalt sei – wie die Materialien zum Ersten BGB-Entwurf[383] festhalten – lediglich darauf gerichtet, ein dingliches Recht zu begründen, zu belasten, zu übertragen oder aufzuheben; das dingliche Geschäft bezwecke nicht, eine obligatorische (klagbare) Verpflichtung (zu einem Tun oder Unterlassen) zu erzeugen[384]. Daher sieht

375 Nachweise oben S 65 FN 289.

376 Deutlich kommt das insbesondere in den Materialien zum Ersten BGB-Entwurf (*Motive* BGB III 333) zum Ausdruck; sie bezeichnen „die Anerkennung und Aussprechung des Vertragsprinzips" für die Eigentumstradition als gerechtfertigt, wenngleich es nicht an Meinungen fehle, „welche [...] das Wesen der Eigenthumstradition als eines dinglichen Vertrages verkennen oder verdunkeln." Vgl auch *Motive* BGB III 7 f.

377 Vgl Protokolle III 56 ff (insbesondere 59 f): „Die Mehrheit erachtete die gegen die Aufnahme des Wortes ‚Vertrag' geltend gemachten Bedenken für überwiegend. Es handele sich vorwiegend um eine Frage der juristischen Konstruktion, zu deren Entscheidung die Wissenschaft berufen sein werde."

378 Siehe etwa *Kohler*, ArchBR 18, 1 (insbesondere 99 ff); *Bruck*, Einigung im Sachenrecht *passim*; *Wolff*, ErläutDtR 47, 26 (insbesondere 35 ff); *Stöver*, ArchBR 26, 149 (165 ff; vgl auch die Nachweise aaO 149 in FN 1); *Wilutzky*, ArchBR 28, 53 (insbesondere 69 f); *Sohm*, ArchBR 28, 173 (191 ff).

379 *Eccius*, ErläutDtR 47, 51 (51); ebenso schon *Windscheid*, Pandekten[6] I 581 f.

380 *Wilutzky*, ArchBR 28, 53 (58); *Heck*, Dingliches Rechtsgeschäft 12; *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 1 (S 42); *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1 III.pr (S 27); *Oechsler* in MünchKomm-BGB[9] § 929 Rz 22. Die Unmittelbarkeit der dinglichen Wirkung schlägt sich etwa darin nieder, dass ein dingliches Rechtsgeschäft nur bezüglich gegenwärtiger, nicht aber bezüglich künftiger Sachen abgeschlossen werden kann (vgl *Kohler*, ArchBR 18, 1 [102 ff]).

381 *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 45 (S 58); *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1 III.pr (S 27).

382 *Bendix*, SeuffBl 68, 193 (194); *Heck*, Dingliches Rechtsgeschäft 12; *H. P. Westermann* in Westermann, Sachenrecht[8] § 37 I (S 308).

383 *Motive* BGB III 7 ff; ebenso *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1 III.pr (S 27) und *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 1 (S 42).

384 *Stöver*, ArchBR 26, 149 (175); *Wilutzky*, ArchBR 28, 53 (62); *Bendix*, SeuffBl 68, 193

man etwa einen dinglichen Vorvertrag zu einer Einigung als rechtlich unmöglich an, denn es mache gerade das Wesen der Einigung aus, dass sie (allenfalls zusammen mit der Eintragung) die Rechtsänderung unmittelbar herbeiführt[385].

3. Zusammenfassend lässt sich der Inhalt der dinglichen Einigung somit wohl am treffendsten mit folgender Formulierung umreißen: Die Parteien – Verfügender und Erwerber – kommen überein, die **dingliche Rechtslage unmittelbar zu ändern**, indem sie ein **dingliches Recht begründen, belasten, übertragen oder aufheben**.

b. Übergabe als Wirksamkeitsvoraussetzung

1. Damit hängt die Änderung der dinglichen Rechtslage von der Willensübereinkunft der beteiligten Parteien ab. Das belegt zum einen, dass auch die Eigentumsübertragung an sich, also das Verfügungsgeschäft im Grundsatz der Privatautonomie unterliegt[386]. Zum anderen sollte dies aber nicht zu dem Schluss verleiten, die Parteien der dinglichen Einigung hätten es in der Hand, den Eintritt der Rechtsänderung und dessen Erfordernisse nach ihrem Belieben festzusetzen. Nicht übersehen werden darf, dass das **Sachenrecht** weitgehend von **zwingenden Prinzipien** geprägt ist[387]. Das Recht der Güterzuordnung und die Grundsätze der zuordnungsändernden Geschäfte (Verfügungen) sind – anders als schuldrechtliche Beziehungen – nicht allein der Ausgestaltung durch die daran Beteiligten überlassen. Ursache dafür ist, dass die sachenrechtliche Zuordnung erga omnes wirkt[388]: An ihrem Zustandekommen Unbeteiligte müssen die Zuordnung ebenso gegen sich gelten lassen; um die Interessen dieser Dritten zur wahren, muss das Gesetz die Gestaltungsfreiheit beschränken. Hinzu kommt das im Sachenrecht besonders stark ausgeprägte Streben nach Rechtssicherheit und Klarheit der allgemein wirksamen Vermögenszuteilung.

Dementsprechend setzt der wirksame Eigentumserwerb – wie bereits ausgeführt[389] – sowohl in Österreich (§ 425 ABGB) als auch in Deutschland (§ 929

(199); *Eccius*, ErläutDtR 47, 51 (53); *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 25 (S 50). Anders *Endemann*, Bürgerliches Recht[6] II 81, nach dessen Ansicht aus dem dinglichen Vertrag ein sachenrechtlich begründeter Anspruch auf Leistung des dinglichen Rechts durch Übergabe entsteht.

385 RG in RGZ 48, 133 (135); *Gursky* in Staudinger, BGB (2014) § 873 Rz 61; ebenso *Heinze* in Staudinger, BGB (2018) § 873 Rz 61 je mit weiteren Hinweisen.

386 So deutlich auch *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 375.

387 Siehe etwa bereits *von Liebe*, Sachenrechtliche Erörterungen 48.

388 Dazu *H. P. Westermann* in Westermann, Sachenrecht[8] § 2 III.1 (S 29). Freilich ist die Güterzuordnung per se aber kein ausschließliches Merkmal des Sachenrechts, sondern allen Vermögensrechten eigen (*J. W. Flume*, Vermögenstransfer 28 mit weiteren Nachweisen).

389 Siehe oben 2. Kapitel § 1 B.I; S 19 bei und in FN 73.

Satz 1 BGB) die Übergabe, also die Übertragung des Besitzes[390] voraus (**Traditionsprinzip**). Von diesem gesetzlichen Erfordernis kann man für den derivativen Erwerb beweglicher Sachen grundsätzlich nicht abgehen; gewisse Lockerungen bestehen lediglich, wo das Privatrecht Übergabesurrogate zulässt[391]. Aus diesen Anforderungen für den Rechtserwerb hat man für das **dingliche Geschäft** abgeleitet, es sei **erst wirksam**, wenn zur Einigung von Verfügendem und Erwerber die **Übergabe**, also die Besitzübertragung hinzutritt[392].

2. Hängen **dingliches Rechtsgeschäft** und Eigentumserwerb somit von der **Übergabe** ab, ist dies für die hier interessierende Frage nach der Bindungswirkung der dinglichen Einigung wesentlich. Dass die Übergabe in diesem Zusammenhang bedeutsam ist, erkannte man im deutschen Schrifttum bereits kurz nach Inkrafttreten des BGB[393]: Trotz zustande gekommener Einigung sei zum Eigentumserwerb noch ein Willensakt des Verfügenden, nämlich die Übergabe der Sache erforderlich. Übergebe der Verfügende die Sache nicht, sei dem Erwerber mit der Einigung allein nicht gedient. Die Bindung, die man der Einigung zuschreiben wolle, verliere damit jede Bedeutung; vor Übergabe sei ihr die Rechtserheblichkeit für die dingliche Rechtsänderung abzusprechen.

Wenngleich noch etwas unscharf formuliert, so findet sich darin meines Erachtens im Kern die **Begründung** dafür, weshalb die dingliche Einigung vor Übergabe **keine Bindungswirkung** entfaltet: Geht Eigentum nach den zwingenden sachenrechtlichen Regeln erst mit vollzogener Übergabe auf den Erwerber über, darf dieses gesetzliche Erfordernis nicht unberücksichtigt bleiben, wenn man definieren will, welchen Inhalt das Vertrauen aufweist, das die dingliche Einigung beim Erwerber begründet: Mit einem Rechtserwerb kann er nur und erst dann rechnen, wenn ihm die Sache tatsächlich übergeben wird. Übergibt der Verfügende die Sache nicht – was trotz dinglicher Einigung in seinem Belieben liegt –, geht das Eigentum nicht über. Mit diesem zwingenden sachenrechtlichen Grundsatz gibt die Rechtsordnung vor, dass vor vollzogener Übergabe kein **schutzwürdiges Vertrauen** des Erwerbers darauf besteht, tatsäch-

390 So die Definition der herrschenden Auffassung für die Übergabe beweglicher Sachen. Für Österreich siehe nur *Riss* in KBB, ABGB[7] § 425 Rz 1; *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 6/42; *Klang* in Klang, ABGB[2] II 307; *Randa*, Eigenthumsrecht[2] 268; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 425 Rz 2. Für Deutschland: *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1 III.2 (S 40) und § 9 I 2 pr (S 296); *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 51 Rz 1 (S 636). Anders noch *von Bonnott* in Stubenrauch, Commentar[8] I 526, der die Verschaffung der Gewahrsame genügen lässt. Siehe eingehend auch *Martinek*, AcP 188, 573 (insbesondere 882 ff), allerdings vor dem Hintergrund der deutschen Rechtslage, die auch den sogenannten Geheißerwerb kennt.

391 Zur Relativierung des Zwecks der Besitzverschaffung – angesichts dieser Verwässerung des Kundbarkeitserfordernisses – siehe eingehend unten 2. Kapitel § 3 B.IV.5; S 118 ff.

392 *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1 III.2 (S 40); in diesem Sinne auch *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 375.

393 *Stöver*, ArchBR 26, 149 (177).

lich Eigentümer zu werden[394]. Dieses Ergebnis lässt sich auf zwei Wegen erreichen: Zum einen ist die (konkludente) Erklärung des Verfügenden/Veräußerers im Lichte des zwingenden Traditionsprinzips auszulegen; dementsprechend ist das Vertrauen des Erwerbers eingeschränkt: „Eigentum wird erst bei Übergabe übergehen, die Übergabe aber liegt im Belieben des Veräußerers". Zum anderen ist ein schutzwürdiges Erwerbervertrauen ebenso wegen der zwingenden sachenrechtlichen Regelung zu verneinen, deren Unkenntnis den Erwerber nicht entschuldigen kann (§ 2 ABGB). Inhalt und Reichweite des Vertrauens, das die zustande gekommene dingliche Einigung beim Erwerber begründet, stehen in unmittelbarem Konnex zum Umfang ihrer Bindungswirkung. Denn – wie dargestellt[395] – ist die bindende Kraft von Rechtsgeschäften mit dem Gedanken der Verkehrssicherheit zu rechtfertigen, der es gebietet, den Empfänger einer Erklärung im Vertrauen auf den ihm bei gehöriger Sorgfalt zugänglichen Sinn der Erklärung zu schützen. Ergibt sich aus dem Inhalt der Erklärung selbst oder aus zwingenden Rechtsregeln (sachenrechtliches Traditionsprinzip), dass der Erwerber **gar nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen** (Übergabe) mit dem wirksamen **Rechtserwerb rechnen** darf, ist dementsprechend die **Bindungswirkung** des Rechtsgeschäfts in diesem Umfang **zu verneinen.** Das Gegenargument von *Koziol*[396], man nähme dadurch in Kauf, dass die Rechtsordnung den Bruch von Vereinbarungen befördere, liegt nahe; allerdings scheint diese Sorge meines Erachtens nur dort berechtigt, wo die Rechtsordnung ein aus der Vereinbarung entstehendes Vertrauen tatsächlich schützt[397]. Das scheint mir aus den genannten Gründen bei Verfügungsgeschäften nicht der Fall zu sein.

394 Dies übersieht *Endemann*, Bürgerliches Recht[6] II 77, wenn er annimmt, die Offerte des Veräußerers zum Abschluss des dinglichen Vertrages gewähre „dem Erklärungsempfänger das gesicherte Vertrauen, durch die Annahme dieser Offerte die dingliche Rechtsgewalt zu erlangen." Wie zu zeigen sein wird (2. Kapitel § 3 B.III.2.c, S 89 ff; siehe ferner unmittelbar oben im Text), kann der Veräußerer den Rechtserwerb dennoch einseitig vereiteln. Derselbe Gedanke – über noch in der eigenen Gewahrsame befindliche Vermögenswerte kann faktisch auch entgegen getroffenen Vereinbarungen verfügt werden – ist noch in anderem Zusammenhang bedeutsam, um eine konkrete Vertrauenssituation zu bestimmen, nämlich bei der Suche nach dem Zweck des Faustpfandprinzips; das Faustpfandprinzip dient nicht bloß dazu, Täuschungen des Rechtsverkehrs über den Umfang des Haftungsfonds zu verhindern, sondern es zielt ebenso darauf ab, dem Pfandbesteller durch die geforderte Gewahrsamsübertragung die Dispositionsmöglichkeit zu entziehen. Erst dadurch (Dispositionsentziehung infolge Gewahrsamsverlust) entsteht beim Faustpfandgläubiger ein berechtigtes Vertrauen darauf, dass das Faustpfand dauerhaft dem schuldnerischen Haftungsfonds angehören wird; dieses Vertrauen schützt die Rechtsordnung durch ein Absonderungsrecht (dazu unten 3. Kapitel § 4 C.III; insbesondere S 258 ff).

395 Oben 2. Kapitel § 3 B.III.1; S 80 ff mit Nachweisen.

396 FS P. Bydlinski 599 (611).

397 Ähnliche Zweifel hegen auch *Aigner*, Eigentumsvorbehalt 50 ff und *Leupold* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB[3] § 358 Rz 78. Nach *Leupold* sei nicht das Erwerber-

3. Nach diesen methodischen Überlegungen erscheint es angezeigt, die Rechtslage nach ABGB im Ergebnis ebenso zu beurteilen, wie es der überwiegenden Auffassung zum deutschen Rechtsbereich[398] entspricht: Dem dinglichen Rechtsgeschäft fehlt bis zur Übergabe der Sache jedes verpflichtende Element; die darin enthaltene Rechtsänderung ist erst mit Übergabe bewirkt, davor kann der Verfügende das schon zustande gekommene dingliche Rechtsgeschäft einseitig widerrufen.

Näher besehen könnten Zweifel an diesem Gedankengang aufkommen: Ist es wirklich zulässig, die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung allein aus dem Umstand abzuleiten, dass der Eigentumsübergang von der Übergabe abhängt? Dagegen lässt sich womöglich folgende Überlegung ins Treffen führen: Jedenfalls darf der Erwerber darauf vertrauen, dass er unter der Voraussetzung der vollzogenen Übergabe – mag sie auch im Belieben des Verfügenden stehen – Eigentum erhält; daher sollte ein **Widerruf** der dinglichen Einigung **nur in der Form möglich** sein, dass die **Übergabe unterbleibt**. Mit anderen Worten: Wird die Sache übergeben, müsste Eigentum jedenfalls übergehen, denn darauf darf der Erwerber vertrauen, sobald die dingliche Einigung mit dem Veräußerer zustande gekommen ist.

Ein solcher Gedanke scheint nicht abwegig. Für die hier konkret interessierende Frage – Ist der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt sachenrechtlich wirksam? – wäre damit in der Tat die Antwort vorgegeben, denn dabei ist eine Sachverhaltskonstellation zu beurteilen, in der der Verfügende/Verkäufer die **Sache sehr wohl übergibt**. Sollte es tatsächlich nur dadurch möglich sein, die dingliche Einigung zu widerrufen, dass der Verfügende davon absieht, die Sache zu übergeben, könnte er also den (sofortigen) Rechtsübergang nicht verhindern; der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt wäre damit sachenrechtlich unwirksam. Einen solchen Einwand kann man meines Erachtens aber beiseitestellen. Es folgt nämlich aus anderen Überlegungen, dass der Verfügende die dingliche Einigung jedenfalls und unabhängig von der vollzogenen Übergabe widerrufen kann.

---

vertrauen darauf geschützt, Eigentum zu erwerben, sondern sein Vertrauen, dass ihm der Veräußerer der Vereinbarung entsprechend mangels Vorliegens eines gesetzlichen oder vertraglichen Weigerungsgrundes Besitz und Eigentum mit der vereinbarten körperlichen Übergabe der Sache übertragen *wolle*. Dass ein solches Vertrauen besteht, ist auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu bezweifeln; allerdings folgt ein solches Vertrauen auf den erst umzusetzenden Willen des Veräußerers aus dem Verpflichtungsgeschäft; das Erwerbervertrauen auf Einhaltung dieses obligatorischen Versprechens schützt die Rechtsordnung dadurch, dass die Einhaltung des Versprechens mit Klage und Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden muss. Das „Versprechen" auf den unmittelbar eintretenden dinglichen Rechtserwerb – nur darauf ist die dingliche Einigung gerichtet – ist hingegen gerade nicht durchsetzbar, weil das Sachenrecht dem Veräußerer ermöglicht, diesen Erwerb durch Zwischenverfügungen zu vereiteln. Aus denselben Gründen überzeugen *Aigners* Einwände (aaO 50 ff) nicht.

398 Siehe dazu die Nachweise oben 2. Kapitel § 1 B.I; S 19 f sowie 2. Kapitel § 3 A.II; S 62 f.

c. Berechtigung des Verfügenden im Zeitpunkt der Übergabe als Wirksamkeitsvoraussetzung

1. Schreitet man den Pfad der bisherigen Überlegungen weiter entlang, ist es möglich und notwendig, noch genauer zu präzisieren, welchen Inhalt die dingliche Einigung aufweist; erst dies erlaubt es, jenes konkrete Vertrauen ausreichend scharf in den Fokus zu nehmen, das die dingliche Einigung beim Erwerber (nicht) begründet. Zum **deutschen** Rechtsbereich ist anerkannt, dass der Zweck der Verfügung noch ein zweites Wirksamkeitserfordernis für die dingliche Einigung mit sich bringt: Das **dingliche Rechtsgeschäft** sei **nur dann wirksam** errichtet, wenn das davon erfasste Recht demjenigen zusteht, der darüber zugunsten eines Anderen verfügt[399], wenn er also **Verfügungsbefugnis** besitzt[400]. Im Gegensatz zum schuldrechtlichen Geschäft[401] entfaltet das dingliche Rechtsgeschäft seine auf Rechtsänderung zielende Wirkung demnach nur unter der Voraussetzung, dass die Person, die dieses Rechtsgeschäft vornimmt, befugt ist, auf die Sache oder das Recht einzuwirken[402]. Weshalb die Befugnis des Verfügenden notwendige Voraussetzung dafür ist, dass man das dingliche Geschäft als wirksam beurteilen kann, ist schnell erklärt: Verfügungen wirken unmittelbar interessemindernd, daher muss dem Verfügenden entsprechende Rechtsmacht hinsichtlich der betroffenen Interessen zukommen[403]. Es erscheint somit konsequent, wenn die in Deutschland einhellige Auffassung[404] verlangt, dass die Verfügungsbefugnis nicht nur im Zeitpunkt der dinglichen Einigung vorliegt, sondern darüber hinaus auch noch in dem Zeitpunkt, zu dem der Verfügende die Sache übergibt beziehungsweise die sogenannte Kundbarmachung vornimmt.

Eben diesen Gedanken – die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäftes setzt voraus, dass der Verfügende hierfür ausreichend befugt ist – hat man zum ABGB bislang nur beiläufig thematisiert[405]. Doch gibt wohl ohnehin das posi-

399 *Motive* BGB III 9; *Eccius*, ErläutDtR 47, 51 (60 f); *Sohm*, Gegenstand 13; *derselbe*, ArchBR 28, 173 (201); *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1 III.2.a (S 37); *Wilhelm*, Sachenrecht[7] Rz 25; *Tuhr*, JZ 1904, 426 (426); in diesem Sinne auch *Beig*, Zession 10.

400 *Stöver*, ArchBR 26, 149 (179 FN 94); *Eickmann* in Westermann, Sachenrecht[8] § 74 I.4 (S 636); *Wiegand* in Staudinger, BGB (2017) § 929 Rz 14 ff. Dies folgt aus einem Umkehrschluss zu § 185 Abs 1 BGB, wonach eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, nur wirksam ist, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Offen lassend aber *Heinze* in Staudinger, BGB (2020) § 929 Rz 85.

401 Dies streicht etwa *Habermeier*, AcP 195, 283 (290), heraus.

402 *Oechsler* in MünchKomm-BGB[9] § 929 Rz 22. Ebenso *Liebe*, Sachenrechtliche Erörterungen 51: „[D]er Mangel des Rechts in der Person des Veräußerers [macht] an sich das Geschäft zu einem nichtigen und bedeutungslosen Akte."

403 *Heck*, Sachenrecht 111.

404 *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 31 (S 52); *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1 III.2.a (S 37); *Oechsler* in MünchKomm-BGB[9] § 929 Rz 1.

405 Prägnant *Mayrhofer*, FS Schnorr 673 (685): „Wirksame Verfügung über ein Recht setzt voraus, daß der Verfügende die Macht zu dessen rechtlicher Gestaltung hat. […] Verpflichtungsgeschäfte setzen dagegen nicht voraus, daß der Schuldner zum Zeit-

tive Recht unmittelbar eine Lösung vor, die mit der deutschen Auffassung kongruent ist: Nach § 442 Satz 3 ABGB kann niemand mehr Rechte übertragen, als er selbst hat[406]. Zugleich schreibt § 430 ABGB für die Doppelveräußerung einer beweglichen Sache fest, dass nur derjenige Eigentum erwirbt, dem der Eigentümer die Sache zuerst übergibt. In der Zusammenschau wird klar: Der wirksame Rechtserwerb, also die Änderung der dinglichen Rechtslage setzt voraus, dass der Verfügende *im Zeitpunkt der Übergabe* ausreichend verfügungsbefugt ist. Begreift man die dingliche Einigung als jenes Geschäft, das die „unmittelbare Änderung der Rechte“ bewirkt[407], so kann diese auf Rechtsänderung zielende Wirkung und somit die **Wirksamkeit der dinglichen Einigung** nach österreichischem Recht nur eintreten, wenn der verfügende Teil **im Zeitpunkt der Übergabe verfügungsbefugt** ist.

2. Was folgt daraus für das Vertrauen, das die dingliche Einigung beim Erwerber begründet? Wer ermitteln will, wie weit dieses Vertrauen schutzwürdig ist, muss demnach nicht nur im Auge behalten, dass das Sachenrecht zwingend die Übergabe verlangt, damit ein Rechtserwerb stattfindet[408]. Relevant ist ebenso, dass der wirksame Rechtserwerb ausreichende Verfügungsbefugnis beim Veräußerer voraussetzt; dieses Erfordernis determiniert ebenfalls, welchen Inhalt und welche Reichweite das **schutzwürdige Vertrauen** des Erwerbers aufweist – und damit auch die **Bindungswirkung** der dinglichen Einigung[409]. Da der Erwerber vor Übergabe nicht auf den Eigentumsübergang vertrauen darf, lässt die dingliche Einigung – wie gezeigt (oben Pkt b; S 85 ff) – bis zu diesem Zeitpunkt keine Bindung entstehen. Das Erfordernis der Verfügungsbefugnis beschränkt das Erwerbervertrauen ähnlich und sogar noch weitergehend: Selbst wenn der Veräußerer die Sache übergibt, kann der Erwerber nicht damit rechnen, jedenfalls (unbelastetes) Eigentum zu erlangen. Denn stets ist denkbar, dass der Veräußerer seine Befugnis infolge von Verfügungen zugunsten eines Dritten (Zwischenverfügungen) mittlerweile (teilweise) verloren oder dass er ausreichende Verfügungsbefugnis gar niemals besessen hat. So wie es dem Veräußerer freisteht, trotz bereits zustande gekommener dinglicher Einigung die Übergabe an sich zu verweigern, steht es ihm auch frei, vor der Übergabe zugunsten eines Dritten zu verfügen (etwa mittels Besitzkonstitut; § 428 ABGB);

punkt des Abschlusses oder des Wirksamwerdens in der Lage ist, seine Leistung zu erbringen.“

406 Siehe schon *Ulpian* D 50,17,54.

407 Oben 2. Kapitel § 3 B.III.2.a, S 82 ff.

408 Vgl unmittelbar oben 2. Kapitel § 3 B.III.2.b; S 85 ff.

409 Dieser Gedanke klingt wohl bereits bei *Stöver*, ArchBR 26, 149 (176 f) an (wenngleich nur am Rande): Der Veräußerer „kann trotz der Einigung frei über die Sache verfügen und darf es auch. Verfügt [der Veräußerer] anderweitig über die Sache, so kann der [Erwerber] aus der Tatsache allein, daß [der Veräußerer] der Einigung zuwider gehandelt hat, keinen Schadenersatzanspruch gegen diesen herleiten; denn [der Veräußerer] verstößt damit nicht gegen das Recht. – Also bei näherem Zusehen verliert die Bindung, welche die Einigung haben soll, jede Bedeutung.“

der Rechtserwerb des Dritten geht dann – zufolge § 430 ABGB – jenem des Erwerbers vor oder schließt diesen sogar ganz aus. Anders gewendet: Nach sachenrechtlichen Grundsätzen kann der Veräußerer die Rechtsübertragung auf den Erwerber nicht nur verhindern, indem er die Übergabe verweigert, sondern auch dadurch, dass er vor Übergabe an den Erwerber (Besitzverschaffung[410]) zugunsten eines Dritten verfügt. Erst nachdem er den Besitz übertragen hat, ist es dem Veräußerer auf Grund des Traditionsprinzips nicht mehr möglich, Zwischenverfügungen zugunsten Dritter vorzunehmen[411].

Aus all dem erhellt, dass man das Erwerbervertrauen auf die Bindung der dinglichen Einigung, also auf den Rechtserwerb noch unter einem weiteren Aspekt einschränken muss: Selbst nachdem die dingliche Einigung zustande gekommen ist, kann der Erwerber lediglich darauf vertrauen, dass Eigentum auf ihn übergeht, wenn ihm der Veräußerer die **Sache übergibt und** der Veräußerer zu diesem Zeitpunkt für die Rechtsübertragung (immer noch) ausreichend **verfügungsbefugt** ist.

3. Führt man die bisherigen Überlegungen zusammen, fehlt nur noch ein gedanklicher Schritt, um beurteilen zu können, welche Bindungskraft der dinglichen Einigung beizulegen ist: Die dingliche Einigung vermag überhaupt **kein schutzwürdiges Erwerbervertrauen** darauf zu begründen, bei Übergabe tatsächlich Eigentum übertragen zu bekommen. Solange der Veräußerer nämlich noch Gelegenheit hat, wirksam zugunsten eines Dritten zu verfügen, ist der Rechtserwerb nicht sicher[412]. Sachenrechtlich wirksame Zwischenverfügungen kann der Veräußerer zufolge § 430 ABGB bis zur Übergabe an den Erwerber (Besitzverschaffung) jedenfalls vornehmen. Bis zu diesem Zeitpunkt muss der Erwerber daher damit rechnen, dass die Rechtsübertragung an ihn vereitelt wird. Sein Vertrauen auf die Wirksamkeit der dinglichen Einigung ist in diesem Umfang demnach nicht berechtigt, was sich – entsprechend den oben[413] dargelegten Kriterien zu Entstehen und Umfang der Bindungskraft von Rechtsge-

410 Zur Definition des Übergabeaktes Nachweise oben S 86 FN 390.

411 Deutlich in diesem Sinne *Motive* BGB III 334 und *Liebe*, Sachenrechtliche Erörterungen 42: Der nichtbesitzende Eigentümer ist „veräußerungsunfähig". Im Ergebnis ebenso *Spielbüchler*, Schuldverhältnis 107 f. Anders *Beyerle*, FS Boehmer 164 (168 FN 12).

412 Ein ähnlicher Gedankengang, wenngleich im Zusammenhang mit dem Rechtserwerb an Forderungen, klingt auch an bei *Koziol*, ÖBA 1998, 745 (749 mit weiteren Hinweisen): Für die Insolvenzfestigkeit des Rechtserwerbs des Zessionars bei Vorausabtretung sei bedeutsam, ob der Zedent noch über die Forderung verfügen und damit den *Rechtserwerb des Zessionars verhindern* könne; entscheidend sei also, ob die Stellung des Zessionars noch *vom Willen des Zedenten abhängig* ist, oder ob er eine gegenüber Dritten und damit auch gegenüber anderen Insolvenzgläubigern gesicherte Position erlangt hat. Nur wenn der Erwerber eine Position erlangt habe, die auch gegen den Erwerb Dritter geschützt sei, sei diese insolvenzfest.

413 2. Kapitel § 3 B.III.1; S 80 ff.

schäften – auf die **Widerrufbarkeit** der dinglichen Einigung auswirkt: Bis zur Übergabe kann der Veräußerer die dingliche Einigung widerrufen.

Eben diese Sichtweise schimmert schon aus den Materialien zum Ersten BGB-Entwurf[414] hervor: Sie lehnen es grundsätzlich ab, die Offerte des Veräußerers bei der dinglichen Einigung als bindend zu beurteilen; erst nachdem der Veräußerer dem Erwerber die Gewahrsame an der zu tradierenden Sache eingeräumt hat, könne er sich dinglich binden[415]. Dem wohnt offensichtlich der – eben entwickelte – Gedanke inne, erst die Übergabe/Besitzverschaffung mache es dem Veräußerer unmöglich, Zwischenverfügungen vorzunehmen und damit den Rechtserwerb scheitern zu lassen[416].

4. Nicht zu überzeugen vermag im Licht dieser Überlegungen der Standpunkt *Hecks*[417]: Er betont, schon aus der Herrschaft der Privatautonomie folge die Bindungswirkung von Verträgen, und rückt in den Vordergrund, es sei notwendig, sich auf den erklärten Konsens verlassen zu können. Erlaube man den Widerruf, enttäusche man das Vertrauen des Erwerbers; diesem könnten daraus etwa bei Weiterverkauf oder Insolvenz des Veräußerers Nachteile erwachsen. *Hecks* Argumentation berücksichtigt meines Erachtens nicht ausreichend, dass das positive Recht solche dem Erwerber drohenden Nachteile gerade in Kauf nimmt, indem es Zwischenverfügungen des Veräußerers zu Lasten des Erwerbers für wirksam erklärt (§ 430 ABGB) und indem es den wirksamen Erwerb von der Übergabe abhängig macht (§ 425 ABGB; § 929 Satz 1 BGB). Diese sachenrechtlichen Regeln verbieten es, ein allfälliges Erwerbervertrauen auf den Rechtserwerb zu schützen; wo dieses Vertrauen fehlt, gibt es keine Bindungswirkung.

---

414 *Motive* BGB III 337.

415 Daher schlagen die von *Schödermeier/Woopen,* JA 1985, 622 (628), vorgebrachten Bedenken nicht durch, wonach die Widerrufsmöglichkeit dazu führe, dass dem Verkäufer ein Widerrufsrecht selbst bei ursprünglich wirksamer schuldrechtlicher Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts und dementsprechendem Zustandekommen einer bedingten dinglichen Einigung zustehen müsse; damit könne der Verkäufer das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers torpedieren. Diese Gefahr droht meines Erachtens nicht, denn die Übergabe beseitigt die Widerrufsmöglichkeit jedenfalls; davor entsteht das Anwartschaftsrecht ohnedies nicht (siehe nur *Spitzer/Told* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1063 Rz 37; *Apathy/Perner* in KBB, ABGB[7] § 1063 Rz 16; *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 8/8; *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 572; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1063 Rz 70 f, der explizit Besitz des Anwartschaftsberechtigten voraussetzt.

416 Siehe aber *Wiegand* in Staudinger, BGB (2017) § 929 Rz 83 f; er führt das Erfordernis der Übergabe, das in der zitierten Passage der Motive zum BGB angesprochen ist, darauf zurück, es sei notwendig, den Verfügungswillen zu bestätigen beziehungsweise zu bekräftigen: „Man wollte dem Einigungswillen der Parteien erst dann Wirkung verleihen, wenn er durch eine entsprechende Veränderung der Besitzlage betätigt und bestätigt wird."

417 Sachenrecht 233.

5. Man könnte allerdings die Frage stellen, ob der **Widerruf** des Veräußerers auf Fälle **beschränkt** ist, in denen er tatsächlich eine **Zwischenverfügung** zugunsten eines Dritten vornimmt. Dafür ließen sich ähnliche Überlegungen ins Treffen führen, wie sie oben angestellt wurden, als sich gezeigt hat, dass die ausstehende Übergabe ein schutzwürdiges Erwerbervertrauen ausschließt[418]: Soll der Veräußerer die dingliche Einigung nur in der Form widerrufen können, dass er die Übergabe nicht vollzieht? Ein identer Gedankengang lässt sich im Wege einer Parallelverschiebung auch da aktivieren, wo man das schutzwürdige Erwerbervertrauen deswegen verneint, weil der Veräußerer Zwischenverfügungen vornehmen kann. Kann er die dingliche Einigung nur widerrufen, indem er eine solche Zwischenverfügung vornimmt? Oder soll der Veräußerer die dingliche Einigung jedenfalls widerrufen können, also auch indem er – ohne zugunsten eines Dritten verfügt zu haben – vor/bei Übergabe erklärt, Eigentum nicht (beziehungsweise nur unter einer zusätzlichen Bedingung) übertragen zu wollen?

Die besseren Gründe sprechen meines Erachtens für die zweite, nicht restriktive Sichtweise. Aus der Warte des Erwerbers macht es keinen Unterschied, ob der Veräußerer tatsächlich zugunsten eines Dritten verfügt hat und dadurch die Rechtsübertragung vereitelt oder ob sie infolge eines einseitigen Widerrufs (Vorbehalts) vor/bei Übergabe scheitert. In beiden Konstellationen will der Veräußerer dieselbe Rechtsfolge auslösen und greift einseitig in dieselbe Vertrauensposition des Erwerbers ein, nämlich in dessen Erwartung, mit Übergabe zum Eigentümer zu werden. Die beiden Konstellationen unterscheiden sich lediglich dadurch, dass der Veräußerer (k)eine Zwischenverfügung zugunsten eines Dritten vorgenommen hat. Dass der Veräußerer nur nach geschehener Zwischenverfügung wirksam widerrufen kann, lässt sich daher meines Erachtens nicht begründen. Vielmehr spricht ein Größenschluss dagegen, dass der Veräußerer tatsächlich vor Übergabe zugunsten eines Dritten verfügt haben muss, um die dingliche Einigung widerrufen zu können: Der Veräußerer kann nämlich auch (schuldrechtlich) versprochen haben, dem Erwerber Eigentum an einer fremden Sache zu verschaffen, über die er niemals verfügen konnte (argumento § 923 ABGB). Auch wegen dieser Möglichkeit darf der Erwerber nicht darauf vertrauen, Eigentum zu erlangen, wenngleich ihm die Sache übergeben wird; der dingliche Erwerb scheitert unabhängig davon, ob der Veräußerer zugunsten eines Dritten verfügt hat. Da es wiederum am schutzwürdigen Vertrauen des Erwerbers fehlt, ist der Veräußerer an die dingliche Einigung nicht gebunden, kann sie also wirksam widerrufen – und zwar ohne dass es dafür einer Zwischenverfügung zugunsten Dritter bedarf. Auch sonst scheinen keine zwingenden Gründe dafür greifbar, dass ein Veräußerer, der den Rechtserwerb trotz Übergabe vereiteln will, zugunsten eines Dritten verfügt haben muss.

Für diesen Standpunkt spricht schließlich auch eine pragmatische Überlegung: Zwischenverfügungen, die den Rechtserwerb vereiteln, könnte der Ver-

418 Oben S 88.

äußerer zugunsten jedes beliebigen Dritten vornehmen; und sie sind – mangels eines ihnen zugrunde liegenden Sicherungszwecks – nicht formbedürftig, lassen sich also etwa durch Besitzkonstitut (§ 428 ABGB) wirksam vollziehen. Wollte man eine Zwischenverfügung des Veräußerer verlangen, damit er den Rechtsübergang verhindern kann, wäre eine solche Regel wegen der evidenten Manipulationsmöglichkeiten in der Praxis weitgehend zahn- und damit funktionslos.

6. Resümierend kommt dem Veräußerer meines Erachtens stets die Möglichkeit zu, eine bereits zustande gekommene dingliche Einigung zu widerrufen, solange er die Sache noch nicht übergeben hat. Die für die österreichische Rechtslage vertretene Auffassung von der Unwiderrufbarkeit der dinglichen Einigung bedarf daher einer Korrektur: Im Ergebnis sollte die in Deutschland herrschende Auffassung[419] übernommen werden.

IV. Auswertung und Kontrollüberlegungen

1. Rekapitulation

1. Der OGH und die in Österreich **überwiegende Auffassung** verneinen die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts: Enthält das Grundgeschäft keine Vorbehaltsklausel, kann der kreditierende Verkäufer den gesetzlich mit Übergabe angeordneten (§ 1063 ABGB) unbedingten Eigentumsübergang einseitig nicht mehr beziehungsweise nur dadurch verhindern, dass er die Übergabe verweigert. Dieses Ergebnis begründet man damit, dass die dingliche Einigung bereits mit dem Grundgeschäft (Kaufvertrag) zustande kommt und – mangels einer vertraglichen Vorbehaltsklausel – zufolge § 1063 ABGB einen unbedingten (also von der Kaufpreiszahlung unabhängigen) Rechtserwerb vorsieht. Von dieser Abrede könne der Verkäufer einseitig nicht mehr abgehen, was aus dem Vertragscharakter der dinglichen Einigung folgen soll.

Eine in Österreich stärker werdende **Gegenansicht** plädiert dafür, dass die Vorbehaltserklärung sachenrechtlich wirksam ist, weil die dingliche Einigung grundsätzlich erst im Zeitpunkt der Sachübergabe zustande kommen soll. Unter dieser Prämisse stünde es dem Verkäufer offen, noch bei Übergabe zu erklären, Eigentum nur unter der Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung zu übertragen.

Die herrschende Auffassung zum **deutschen Rechtsbereich** vertritt hingegen den Standpunkt, der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt entfalte sehr wohl sachenrechtliche Wirkungen. Man begründet dies damit, der Veräußerer könne die dingliche Einigung frei widerrufen, solange die Übergabe nicht vollzogen ist; mangels Relevanz wird daher nicht besonders thematisiert, wann die

419 Nachweise oben 2. Kapitel § 1 B.I; S 19 f bei und in FN 79 ff sowie 2. Kapitel § 3 A.II; S 62 ff.

dingliche Einigung zustande kommt. Dieses Ergebnis – freie Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung – leitet man aus Besonderheiten der BGB-Rechtslage her, für die das ABGB jedoch keine Entsprechung aufweist.

2. Der Meinungsstand macht deutlich: Wer die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts zu beurteilen hat, muss sich Klarheit über Wesen, Inhalt und insbesondere **Bindungswirkung der dinglichen Einigung** verschaffen. Rechtsgeschäften kommt bindende Kraft zu, weil und soweit der Inhalt der rechtsgeschäftlichen Erklärung beim anderen Teil ein schutzwürdiges Vertrauen erzeugt. Erst wenn man den Inhalt der dinglichen Einigung exakt definiert, ist es daher möglich, das beim Erwerber (Erklärungsempfänger) dadurch begründete berechtigte Vertrauen zu bestimmen; und erst dies erlaubt es festzulegen, in welchem Umfang die dingliche Einigung bindend wirkt.

3. Der **Inhalt der dinglichen Einigung** lässt sich am treffendsten wie folgt umschreiben: Verfügender und Erwerber kommen überein, die dingliche Rechtslage unmittelbar zu ändern, indem sie ein dingliches Recht begründen, belasten, übertragen oder aufheben. Zwar ist die dingliche Einigung demnach vom Parteiwillen getragen und unterliegt damit im Grundsatz der Privatautonomie. Allerdings beschränken zwingende sachenrechtliche Regeln der Eigentumsübertragung die Gestaltungsfreiheit der Parteien und setzen dem Inhalt der dinglichen Einigung Grenzen. Dazu zählen vor allem das Traditionsprinzip und das Erfordernis, dass der Verfügende im Zeitpunkt der Übergabe ausreichend berechtigt ist.

4. Gilt das **Traditionsprinzip**, kann der Erwerber vor Übergabe der Sache nicht damit rechnen, tatsächlich Eigentum zu erwerben; daran ändert es auch nichts, wenn man das Zustandekommen der dinglichen Einigung bereits zu einem früheren Zeitpunkt bejaht. Dem Veräußerer steht nämlich stets die Möglichkeit offen, von der Übergabe abzusehen und so den Rechtserwerb zu verhindern. Vor Übergabe besteht kein schutzwürdiges Erwerbervertrauen auf den Rechtsübergang; damit fehlt es an der Grundvoraussetzung für die bindende Kraft der Einigung. Der Veräußerer kann die dingliche Einigung daher bis zur Übergabe widerrufen. Begründet man die fehlende Bindungswirkung der dinglichen Einigung auf diesem Weg, müsste ein Widerruf wohl voraussetzen, dass der Veräußerer die Übergabe nicht vollzieht. Die Widerrufbarkeit ergibt sich aber noch aus einer weiteren Überlegung.

5. Nach den sachenrechtlichen Grundsätzen des Eigentumserwerbs (§ 430, § 442 Satz 3 ABGB) führt die dingliche Einigung die Rechtsänderung nur herbei und kann somit nur dann wirksam werden, wenn der **Verfügende bei Übergabe ausreichend befugt** ist. Diese zwingende Regel schränkt das schutzwürdige Erwerbervertrauen ebenfalls ein: Trotz dinglicher Willensübereinkunft mit dem Veräußerer kann sich der Erwerber nicht darauf verlassen, (unbelastetes) Eigentum zu erwerben. Denn er muss damit rechnen, dass der Veräußerer

den Rechtserwerb einseitig vereitelt, indem er vor Übergabe zugunsten Dritter verfügt. Die Rechtsordnung schützt das Erwerbervertrauen insofern nicht; das steht der Bindungswirkung der dinglichen Einigung entgegen. Da bis zur Übergabe Zwischenverfügungen des Veräußerers möglich sind, besteht überhaupt **kein schutzwürdiges Erwerbervertrauen** darauf, mit Übergabe Eigentum zu erwerben. Aus der Warte des Erwerbers macht es dabei keinen Unterschied, ob der Veräußerer die Übergabe verweigert, ob er vor Übergabe zugunsten eines Dritten verfügt hat und dadurch den Rechtserwerb vereitelt, oder ob er lediglich erklärt, das Eigentum trotz Übergabe nicht zu übertragen (also sich vorzubehalten): In allen Fällen wird die Vertrauensposition des Erwerbers gleichermaßen beeinträchtigt, was nach sachenrechtlichen Grundsätzen in Kauf zu nehmen ist. Die sachenrechtlichen Grundsätze verbieten es sohin, ein schutzwürdiges Erwerbervertrauen anzunehmen; es ist daher nicht gerechtfertigt, der dinglichen Einigung bindende Kraft beizulegen.

2. Kontrollfrage 1: gesetzlich angeordneter Vertrauensschutz für den gutgläubigen Mobiliarerwerb

1. Wer dem Erwerber abspricht, dass sein Vertrauen darauf, bei Übergabe Eigentum zu erwerben, schutzwürdig ist, hat einen Einwand zu erwarten: Denn die Rechtsordnung – so könnte man vorbringen – **schützt** das **Erwerbervertrauen** immerhin in gewissem Umfang, nämlich nach den Vorschriften über den gutgläubigen Mobiliarerwerb. Ist der Tatbestand des **§ 367 ABGB** erfüllt, wird der Erwerber trotz fehlender Berechtigung des Veräußerers Eigentümer. Damit trägt § 367 ABGB gerade dem Vertrauensschutzinteresse des Erwerbers Rechnung[420]: Im Rechtsverkehr erweist es sich als unvermeidlich, Leistungen auch von Personen entgegenzunehmen, deren Berechtigung sich nicht oder nur schwer nachprüfen lässt[421]. Liegt eine unverdächtige, also den Tatbestand des § 367 ABGB verwirklichende Erwerbssituation vor, darf der Erwerber damit rechnen, Eigentum zu erlangen, und soll in seiner diesbezüglichen Erwartung nicht enttäuscht werden. Die Regeln über den redlichen Mobiliarerwerb schützen das Erwerbervertrauen demnach sehr wohl in gewissem Umfang, mag der Veräußerer auch Zwischenverfügungen vorgenommen haben. Wenn die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung darauf gründet, dass es dem Veräußerer offensteht, den Eigentumserwerb durch Zwischenverfügungen zu vereiteln, liegt es nahe, dieser These den Vertrauensschutz nach § 367 ABGB entgegenzuhalten.

2. Ein solcher Einwand schlägt jedoch nicht durch: Die Vorschriften über den redlichen Mobiliarerwerb schränken die Möglichkeit des Veräußerers, den Eigentumsübergang mithilfe einer Zwischenverfügung zu vereiteln, nämlich de

420 Dazu und zum Folgenden eingehend *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 56.

421 So auch *Spielbüchler* in Rummel, ABGB[3] § 367 Rz 6, und *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 4 Rz 15 (S 39).

facto nicht ein. Zwar trifft es zu, dass § 367 ABGB die fehlende Berechtigung des Veräußerers saniert, sodass der Erwerber daher unter bestimmten – von § 367 ABGB definierten – Voraussetzungen Eigentum erlangt, wenngleich der Veräußerer vor Übergabe eine Zwischenverfügung vorgenommen hat. Dies gilt jedoch nur, wenn der Erwerber redlich ist. Den somit erforderlichen **guten Glauben** des Erwerbers zu **zerstören** (etwa durch eine simple Mitteilung), liegt aber ebenso im Belieben des Veräußerers wie die Vornahme einer Zwischenverfügung. Mit anderen Worten: Der Veräußerer vermag nicht nur den derivativen Erwerb zu vereiteln (indem er eine Zwischenverfügung vornimmt), sondern er kann gleichermaßen den originären Eigentumserwerb verhindern (indem er eine Zwischenverfügung vornimmt und diese Tatsache dem Erwerber mitteilt). Die bisherigen Überlegungen bedürfen demnach keiner Korrektur: Da der wirksame Rechtserwerb ausreichende Verfügungsbefugnis des Veräußerers voraussetzt, und der Veräußerer dieses Erfordernis stets beseitigen kann, darf der Erwerber nicht darauf vertrauen, durch Übergabe Eigentum übertragen zu bekommen. An dieser Beurteilung ändert die § 367 ABGB zugrunde liegende Wertung nichts. Die dingliche Einigung entfaltet keine bindende Kraft; der Veräußerer kann sie vielmehr bis zur Übergabe widerrufen.

3. Kontrollfrage 2: gesetzliche Wertung der Konvaleszenzregel

1. Ein zweiter Einwand gegen die hier entwickelte Lösung könnte in der sachenrechtlichen Konvaleszenzregel Nahrung finden. § 366 Satz 2 ABGB saniert ein Scheitern des derivativen Erwerbs, wenn der bei Übergabe Nichtberechtigte nachträglich die Verfügungsmacht erlangt[422]. Eine beinahe inhaltsgleiche Regelung findet sich im deutschen Sachenrecht (§ 185 Abs 2 BGB)[423]. Daraus leitet man ab, der Verfügende, der nachträglich die Verfügungsmacht erlangt, könne nicht mehr darüber entscheiden, ob seine Verfügung Wirkung entfaltet oder nicht; vielmehr soll er an seine eigene Verfügung

422 Siehe nur *Klang* in Klang, ABGB² II 218; *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 366 Rz 10; *Riss* in KBB, ABGB⁷ § 366 Rz 5; *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON$^{1.06}$ § 366 Rz 9. Eingehend (insbesondere zur Entstehungsgeschichte) *Sperl*, GZ 1891, 345 (346 f) und 353 (353 f).

423 Unter der Überschrift „Verfügungen eines Nichtberechtigten“ normiert diese Bestimmung: „(2) Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In den beiden letzteren Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere miteinander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen worden sind, nur die frühere Verfügung wirksam.“

schlechthin gebunden sein[424]. In diesem Sinne äußern sich auch die Materialien[425] zum Ersten BGB-Entwurf:

> „Das dingliche Rechtsgeschäft ist trotz des mangelnden Rechts des Verfügenden nicht nichtig […], jedoch in seiner Wirksamkeit von dem Eintritte eines [der in § 185 Abs 2 BGB genannten Fälle] abhängig. Der Verfügende insbesondere ist an das Rechtsgeschäft gebunden. Mit dem Eintritte der Konvaleszenz erlangt das Rechtsgeschäft seine volle Wirksamkeit gegen Alle […].“

In den sachenrechtlichen Konvaleszenzregeln des ABGB und des BGB könnte somit eine Wertung festgeschrieben sein, wonach der Verfügende den **Eigentumsübergang nicht mehr verhindern** kann, sobald alle dafür erforderlichen Voraussetzungen (Verpflichtungsgeschäft, Verfügungsgeschäft, Übergabe durch Besitzverschaffung[426] und Berechtigung der Vorperson) vorliegen. Überträgt man diesen Gedanken auf den Fall des einseitig erklärten Vorbehalts, könnte man argumentieren, es stehe nicht im Belieben des Veräußerers, den Eigentumsübergang zu vereiteln, wenn er die Sache übergibt und dabei ausreichend verfügungsbefugt ist. Mit anderen Worten: Ein vom Veräußerer einseitig erklärter Vorbehalt bliebe demnach sachenrechtlich wirkungslos; hat er keine Zwischenverfügung zugunsten eines Dritten vorgenommen, mit der er seine Berechtigung und damit eine der Voraussetzungen der Eigentumsübertragung tatsächlich beseitigt, wäre es demnach unvermeidbar, dass der Veräußerer das Eigentum bei Übergabe überträgt.

2. Ein solcher Gedankengang erscheint nicht abwegig. Der daraus konstruierte Einwand vermag jedoch meines Erachtens nicht durchzuschlagen. Um dies zu begründen, ist es notwendig, den Zweck der Konvaleszenzregeln exakt zu ermitteln. Ausgangspunkt ist dabei, dass die von § 366 Abs 2 ABGB angeordnete Rechtsfolge sachenrechtlich-logisch keineswegs zwingend ist[427], vielmehr greift sie bloß deswegen ein, weil sich der Gesetzgeber bewusst dafür entschieden hat sie anzuordnen[428]. Wesentlich ist ferner, dass der gescheiterte Erwerb vom Nichtberechtigten auch dort heilt, wo der Erwerber von der feh-

424 *Bayreuther* in MünchKomm-BGB[9] § 185 Rz 47. So im Ergebnis auch bereits *Tuhr*, JZ 1904, 426 (429 f), im Zusammenhang mit der Zession einer zukünftigen Forderung, die er in analoger Anwendung des § 185 Abs 2 BGB (entspricht § 366 Satz 2 ABGB) behandelt (aaO 426 f). Anders offenbar *Liebe*, Sachenrechtliche Erörterungen 51, wenn er ausführt, dass von einer Bindung des Veräußernden für die Zukunft für den Fall, dass er später das Recht erlangen sollte, nicht auszugehen sei; wenn der Verfügende das Recht im Zeitpunkt der Verfügung nicht habe, so sei das Geschäft eben verfehlt. Ähnlich auch *Ohmeyer*, Künftige Rechte 184.

425 *Motive* BGB II 140.

426 Zur Definition des Übergabeaktes vgl die Nachweise oben S 86 FN 390.

427 *Motive* BGB II 139. Vgl auch *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition 297, sowie *Sperl*, GZ 1891, 337 (339), zur konträren Lösung dieser Frage etwa im römischen Recht.

428 *Gursky* in Staudinger, BGB (2014) § 185 Rz 60, der in diesem Zusammenhang (siehe auch aaO Rz 1) darauf hinweist, dass diese Rechtsfolge dem römischen und dem gemeinen Recht noch unbekannt war; siehe auch *Hagen*, AcP 167, 481 (484).

lenden Berechtigung der Verfügenden weiß[429]; bei der Konvaleszenzregel kann es sich also um **keine Vertrauens-** beziehungsweise **Verkehrsschutznorm** handeln[430]. Dies ist deswegen bedeutsam, weil Bindungskraft und Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung im Kern davon abhängen, ob das Erwerbervertrauen geschützt ist oder nicht. Dazu macht die Konvaleszenzregel jedoch eben keine Vorgaben.

Ihre **ratio** wurzelt wohl in dem Gedanken, dass ein Veräußerer, der infolge mangelnder Berechtigung den Verfügungserfolg zunächst nicht herstellen kann, aus diesem seinem Rechtsmangel keine Vorteile haben darf[431]: Erlangt der Veräußerer nachträglich die Eigentümerstellung, soll er nicht in der Lage sein, die bereits übergebene Sache unter Berufung auf das nun vorhandene Eigentum wieder herauszuverlangen, indem er vorbringt, der Erwerber hätte von ihm bei Übergabe kein Eigentum erworben. Abstrahierend betrachtet beruht die Konvaleszenzregel damit im Kern auf dem Verbot des *venire contra factum proprium*[432]. Ferner – so wird vorgebracht[433] – dient die Konvaleszenzregel der technischen Vereinfachung: Der verfügende Nichtberechtigte sei typischerweise ohnehin noch verpflichtet, dem Erwerber das Eigentum an der übergebenen Sache zu verschaffen; lässt man die zunächst schwebend unwirksame Verfügung heilen, erspare sich der Erwerber, seinen Anspruch klageweise durchzusetzen.

3. Auf den ersten Blick könnte der Konvaleszenzregel somit in der Tat eine Wertung zu entnehmen sein, die für den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt bedeutsam ist: Auch in dieser Konstellation – so liegt es nahe zu argumentieren – scheinen nämlich alle gesetzlich geforderten Voraussetzungen des derivativen Erwerbs erfüllt (insbesondere die Übergabe), sodass es dem Veräußerer nicht möglich sein sollte, den Eigentumsübergang einseitig zu vereiteln. Ein solcher Gedankengang greift jedoch zu kurz. Dabei wird nämlich übersehen, dass sich der Tatbestand von § 366 Satz 2 ABGB und die Situation des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts in einem rechtserheblichen Punkt voneinander **unter-**

429 *Motive* BGB II 139.

430 *Gursky* in Staudinger, BGB (2014) § 185 Rz 3; *Klumpp* in Staudinger, BGB (2019) § 185 Rz 10.

431 *Gursky* in Staudinger, BGB (2014) § 185 Rz 60 mit weiteren Hinweisen. Ebenso *Klumpp* in Staudinger, BGB (2019) § 185 Rz 98.

432 So schon *Zeiller* in den Beratungen zum ABGB (siehe *Ofner*, Ur-Entwurf I 249); siehe auch *denselben*, Commentar II 132; *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition 297; *Wacke*, SZ (rom Abt) 114, 197 (198); ihm folgend *Gursky* in Staudinger, BGB (2014) § 185 Rz 60; *Klumpp* in Staudinger, BGB (2019) § 185 Rz 98. Historisch dürfte diese Regelung auf die römisch-rechtliche *exceptio rei venditae et traditae* zurückzuführen sein (*Schuster Edler von Bonnott* in Stubenrauch, Commentar[8] I 458; *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition 297 ff und FN 38; *Strohal*, Eigenthum an Immobilien 61; *Sperl*, GZ 1891, 337 [338 mit umfangreichen Nachweisen]; *Hagen*, AcP 167, 481 [484]; *Klumpp* in Staudinger, BGB (2019) § 185 Rz 109).

433 *Gursky* in Staudinger, BGB (2014) § 185 Rz 60.

scheiden: **Konvaleszenz** setzt nicht nur voraus, dass der Veräußerer die Sache übergibt; zudem muss die dingliche Einigung zu diesem Zeitpunkt noch bestehen; sie darf also nicht widerrufen sein. Der **einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt** wird jedoch vor beziehungsweise spätestens bei Übergabe erklärt, zu einem Zeitpunkt also, in dem die dingliche Einigung noch nicht bindend ist, denn erst der Vollzug der Übergabe (Besitzverschaffung[434]) beseitigt die Möglichkeit des Veräußerers, über die Wirksamkeit seiner Verfügung zu entscheiden; erst mit Übergabe ist die Einigung bindend. Wenn der Veräußerer spätestens bei Übergabe den Vorbehalt einseitig erklärt, ist dies einem *venire contra factum proprium* nicht gleichzuhalten, weil vor Übergabe keine entsprechende Erwartung des Erwerbers besteht. Dass das Moment der Übergabe den Ausschlag gibt, erhellt überdies deutlich aus den Materialien zum Ersten BGB-Entwurf: Sie formulieren explizit den Grundsatz, der dinglichen Einigung beziehungsweise der Offerte dazu komme keine Bindungswirkung zu[435]; nur in einer speziellen Konstellation – nämlich im Zusammenhang mit der Konvaleszenz – soll der Verfügende nach den Materialien sehr wohl an das dingliche Rechtsgeschäft gebunden sein[436]. Wenngleich dies nicht explizit ausgesprochen wird, so lässt sich aus dieser Sonderregel doch der Schluss ziehen, dass die dingliche Einigung erst nach vollzogener Übergabe ausnahmsweise Bindungswirkung entfaltet. Ein anderes Tatbestandselement, das diese besondere Rechtsfolge (ausnahmsweise Bindungswirkung) für die Konvaleszenzfälle zu rechtfertigen vermag, ist nicht erkennbar.

4. Resümierend sind der sachenrechtlichen Konvaleszenzregel keine Wertungen zu entnehmen, die den Ergebnissen der bisherigen Überlegungen entgegenstehen: Erst mit Übergabe (Besitzverschaffung) wird die dingliche Einigung bindend; ab diesem Moment kann sie der Veräußerer nicht mehr einseitig widerrufen, weil es ihm erst der Besitzverlust unmöglich macht, zugunsten eines Dritten zu verfügen. Daher kann erst ab diesem Zeitpunkt ein schutzwürdiges Erwerbervertrauen angenommen werden. Zwar sieht die Konvaleszenzregel einen automatischen, vom Veräußerer nicht vermeidbaren Eigentumserwerb vor, sobald alle Voraussetzungen dafür vorliegen. Diese Rechtsfolge setzt jedoch voraus, dass nicht nur die Übergabe vollzogen wurde, sondern auch, dass der Veräußerer die dingliche Einigung zu diesem Zeitpunkt noch nicht widerrufen hat.

4. Kontrollfrage 3: dingliche Einigung und Widerrufbarkeit beim grundbücherlichen Erwerb

Die hier entwickelte These von der fehlenden Bindungskraft der dinglichen Einigung kann nur überzeugen, wenn sie sich ebenso mit den Grundsätzen des

434 Zur Definition des Übergabeaktes oben S 86 FN 390 samt Nachweisen.
435 *Motive* BGB III 337; vgl bereits oben S 92 bei und in FN 414.
436 *Motive* BGB II 140.

Rechtserwerbs an Liegenschaften in Einklang bringen lässt. Erforderlich ist ein solcher Kontrollblick ins Grundbuchsrecht, weil dieses Ergebnis aus allgemeinen Grundsätzen zur Rechtsgeschäftslehre und zum derivativen Rechtserwerb hergeleitet wurde. Sofern keine besonderen Ordnungsprinzipien des Grundbuchsrechts existieren, die eine abweichende Beurteilung erfordern, muss es daher möglich sein, diese Überlegungen auf Verfügungsgeschäfte betreffend Rechte an unbeweglichen Sachen zu übertragen.

a. Intabulationsprinzip und Verfügungsgeschäft beim bücherlichen Erwerb nach österreichischem Recht

1. Nach dem Intabulationsprinzip kann man bücherliche Rechte nur durch Eintragung in das Hauptbuch erwerben, übertragen, beschränken oder aufheben (§ 4 GBG). Bei Einverleibungen, also für Eintragungen, die einen unbedingten Rechtserwerb oder eine unbedingte Löschung bewirken (§ 8 Z 1 GBG), muss derjenige, dessen Recht beschränkt, übertragen, belastet, aufgehoben oder auf eine andere Person übertragen werden soll, ausdrücklich einwilligen (§ 433 ABGB[437]; § 32 Abs 1 lit a GBG). In dieser sogenannten **Aufsandungserklärung** oder Eintragungsbewilligung sieht man heute durchwegs einen Teil des Verfügungsgeschäfts[438]; soweit ersichtlich hat dies erstmals *Strohal*[439] vertreten. Allerdings unterscheidet sich die Aufsandungserklärung von der dinglichen Einigung betreffend bewegliche Sachen nach herrschender Auffassung in einem wesentlichen Punkt: Sie bedarf nämlich keiner Annahme durch den Erwerber[440]. Vor allem aus diesem Grund hat man es anfangs abge-

---

437 Zu der – im gegebenen Zusammenhang wenig aufschlussreichen – Entstehungsgeschichte der heutigen Fassung von § 433 ABGB siehe *Klang*, Sachenrechtliche Bestimmungen 66 f, sowie eingehend *Sprung/Köllensperger*, FS Rechberger 623 (647).

438 Etwa *Weigand* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 32 GBG Rz 21; *Sprung/Köllensperger*, FS Rechberger 623 (651); *P. Bydlinski*, NZ 2015, 281 (288 f); *Kieweler*, NZ 2013, 257 (263 bei FN 59); *Riss* in KBB, ABGB⁷ § 380 Rz 2, § 425 Rz 1 und § 433 Rz 4; OGH 5 Ob 157/99w in NZ 2000, 187 mit Anmerkung *Hoyer*. Für das deutsche Pendant, das beim Eigentumserwerb „Auflassung" (§ 925 BGB) genannt wird, gilt dasselbe (*Heck*, Sachenrecht 109; *Baur/Stürner*, Sachenrecht¹⁸ § 22 Rz 11 [S 287]; *Gursky* in Staudinger, BGB [2014] § 873 Rz 34; *Heinze* in Staudinger, BGB [2018] § 873 Rz 20). Kritisch aber *Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 2/84 f.

439 Eigenthum an Immobilien 25 ff.

440 Dies streichen besonders *Burckhard*, System III 361, und *Hofmeister*, NZ 1981, 113 (115), heraus. Ebenso *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 371; *Weigand* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 32 GBG Rz 21 und 23; *Apathy*, FS Welser 17 (22); OGH 5 Ob 157/99w in NZ 2000, 187 mit Anmerkung *Hoyer*; siehe auch *Klang* in Klang, ABGB² II 365. *Spielbüchler*, Schuldverhältnis 108 f, räumt zwar ein, dass die Aufsandungserklärung gedanklich vom Verpflichtungsgeschäft getrennt ist, wertet ihre Einseitigkeit aber als Beleg dafür, dass – ebenso wenig wie bei der Fahrnisübereignung – ein den Bucheintrag begleitender, selbständiger dinglicher Vertrag überhaupt erforderlich sei.

lehnt, die Konstruktion des dinglichen Vertrag auch dem grundbücherlichen Erwerb zu unterlegen[441].

2. Wie erwähnt[442] hat man für den österreichischen Rechtsbereich die Bindungswirkung der dinglichen Einigung kaum eigens thematisiert, sondern gleichsam als selbstverständlich hingenommen, dass sie sich aus deren Zweiseitigkeit ergebe. Es erstaunt daher, dass im österreichischen Schrifttum sehr wohl konkrete Stellungnahmen dazu existieren, ob der Verfügende die **Aufsandungserklärung** einseitig widerrufen kann. Bevor darauf näher einzugehen ist, soll vorweg der deutsche Meinungsstand in die Betrachtung einbezogen werden.

b. Verfügungsgeschäft beim bücherlichen Erwerb nach deutscher Rechtslage

1. Wendet man den Blick nach Deutschland, finden sich dort explizite Regelungen, die für die Eintragung eines bücherlichen Rechts neben dem Titelgeschäft ein weiteres besonderes Rechtsgeschäft verlangen. Anders als den Redaktoren des ABGB[443] war jenen des BGB das Institut des dinglichen Vertrags nicht fremd. Zur Zeit der BGB-Beratungen war die Lehre vom dinglichen Rechtsgeschäft bereits anerkannt[444]. Dementsprechend fordert das BGB anders als in Österreich nicht bloß eine einseitige (Aufsandungs-)Erklärung sondern – so wie im Mobiliarsachenrecht[445] – die „**Einigung** des Berechtigten und des anderen Teils" (§ 873 Abs 1 BGB)[446]. Für die herrschende Auffassung[447] handelt es sich dabei um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft[448], das der dinglichen Einigung (§ 929 BGB) entspricht, wie sie für die Übereignung beweglicher Sa-

---

441 Zur Entwicklung des Meinungsstandes samt Nachweisen eingehend *Hofmeister*, Liegenschaftserwerb 328 ff, sowie sogleich S 104 ff.

442 Oben 2. Kapitel § 3 B.II.2.a; S 76 ff.

443 Siehe dazu die Nachweise oben S 65 f bei und in FN 293 ff.

444 Siehe dazu oben S 65 bei und in FN 289 f.

445 Vgl § 929 (Eigentumsübertragung), § 1032 (Bestellung des Nießbrauchs) und § 1205 Abs 1 BGB (Pfandrechtsbestellung).

446 Siehe auch § 879 Abs 2, § 880 Abs 2, § 925 Abs 1 BGB.

447 *Bendix*, SeuffBl 68, 193 (198); *Bauer/Stürner*, Sachenrecht[18] § 19 Rz 9 (S 237); *Heinze* in Staudinger, BGB (2018) § 873 Rz 4; *Lettmaier* in MünchKomm-BGB[9] § 873 Rz 2 f und Rz 50.

448 In Ausnahmefällen lässt das BGB allerdings sehr wohl auch eine einseitige Erklärung genügen. Dies gilt insbesondere bei Bestellung einer Wertpapierhypothek (§ 1188 BGB) sowie einer Eigentümergrund- und -rentenschuld (§ 1196, § 1199 BGB), bei Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück (§ 875 BGB), bei Rangänderung verschiedener Rechte desselben Inhabers und beim Rangvorbehalt in Bezug auf Eigentümerrechte (§§ 879 ff), bei Bewilligung von Vormerkung und Widerspruch (§ 885, § 899 BGB), bei Vereinigung, Bestandteilszuschreibung und Teilung eines Grundstücks (§ 890 BGB), bei Eigentumsaufgabe (§ 928 BGB). Dazu näher etwa *Lettmaier* in MünchKomm-BGB[9] § 873 Rz 48 mit weiteren Hinweisen.

chen gefordert wird. Auch was die **Bindungswirkung** der dinglichen Einigung betreffend Rechte an unbeweglichen Sachen anbelangt, enthält das BGB – im Gegensatz zum ABGB – eine ausdrückliche Regelung: Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn bestimmte formale Erfordernisse erfüllt wurden (§ 873 Abs 2 BGB), durch die der Einigungswille nach außen in besonderer Form offenbar geworden ist[449]. Wie schon erwähnt[450], führen Teile des deutschen Schrifttums diese gesetzliche Anordnung als Beleg dafür an, dass das BGB die dingliche Einigung ganz allgemein[451] als widerrufbar ansieht[452].

2. Für diese spezielle positiv-rechtliche Regel in § 873 Abs 2 BGB[453] existiert im ABGB keine Entsprechung. Die deutsche Rechtslage erweist sich meines Erachtens daher als kaum aussagekräftig, wenn man ergründen will, ob die dingliche Einigung hinsichtlich unbeweglicher Rechte im österreichischen Recht widerrufbar ist. Im hier interessierenden Zusammenhang verspricht es daher, keine verwertbaren Ergebnisse zutage zu fördern, wenn man sich weiter in die deutsche Rechtslage zum Immobiliarerwerb vertieft.

---

449 *Bauer/Stürner*, Sachenrecht[18] § 19 Rz 13 (S 238); siehe auch BGH V ZR 172/65 in BGHZ 46, 398. Das Gesetz nennt folgende Fälle: notarielle Beurkundung der Erklärungen; Abgabe/Einreichung der Erklärungen beim Grundbuchamt; Aushändigung einer den Vorschriften der Grundbuchsordnung entsprechenden Eintragungsbewilligung.

450 Oben S 79.

451 Zum Meinungsstand siehe oben 2. Kapitel § 3 A.II; S 62 ff und 2. Kapitel § 3 B.II.2.b; S 77 ff.

452 Es erscheint allerdings fraglich, ob ein solcher Umkehrschluss zulässig ist. Dagegen mit überzeugenden Argumenten *Schödermeier/Woopen*, JA 1985, 622 (625); diesen folgend *Wank/Kamanabrou*, JURA 2000, 154 (157): Wolle man aus § 873 Abs 2 BGB die allgemeine Widerrufbarkeit begründen, so müsse dazu folgender Argumentationsweg eingeschlagen werden: 1. Vor Eintritt der besonderen Voraussetzungen des § 873 Abs 2 BGB könne die Einigung einseitig widerrufen werden. 2. Um den Widerruf auszuschließen, bedürfe es einer eigenen Bestimmung, nämlich des § 873 Abs 2 BGB. 3. Bei den §§ 929 BGB fehle es an einer solchen Ausnahmebestimmung. 4. Folglich bleibe die Einigung nach § 929 BGB bis zur Übergabe einseitig widerruflich. – Dieser Schluss sei logisch fehlerhaft, weil er das zu begründende Ergebnis (Widerrufbarkeit der Einigung) in seiner Ausgangsthese vorwegnimmt. Ebenso könnte man auch für das Gegenteil argumentieren: 1. Vor Eintritt der besonderen Voraussetzungen des § 873 Abs 2 BGB könne die Einigung *nicht* einseitig widerrufen werden. 2. Um den Widerruf einzuführen, bedürfe es einer eigenen Bestimmung, nämlich des § 873 Abs 2 BGB. 3. Bei den §§ 929 BGB fehle es an einer solchen Ausnahmebestimmung. 4. Folglich sei die Einigung nach § 929 BGB von Anfang an bindend.

453 *Strohal*, JherJB 28, 335 (442), hat die darin angeordnete Rechtsfolge der Widerrufbarkeit im Übrigen scharf kritisiert und es als „das allerböseste“ bezeichnet, dass sich die Redaktoren dazu verleiten ließen, die Erklärung des Verfügenden als widerruflich zu behandeln.

c. Zweiseitigkeit des Verfügungsgeschäfts als Voraussetzung für den Erwerb bücherlicher Rechte?

1. Die heute in Österreich herrschende Auffassung[454] dürfte – wie erwähnt – zumindest implizit davon ausgehen, dass der Erwerb bücherlicher Rechte das Zustandekommen einer zweiseitigen dinglichen Einigung voraussetzt. Dabei fällt es nicht leicht, beim Erwerb bücherlicher Rechte von einem dinglichen „Vertrag“ zu sprechen, zumal das Gesetz bloß die **einseitige Aufsandungserklärung** fordert und eine **Annahmeerklärung** durch den Erwerber nicht ausgemacht werden kann. Wie erwähnt, war es *Strohal*[455], der – unter dem Einfluss der von den deutschen Pandektisten bereits entwickelten und im preußischen Grunderwerbsgesetz 1872 umgesetzten Lehre[456] – als erster das Instrument des dinglichen Vertrages auch auf den Liegenschaftserwerb nach österreichischem Recht anwenden wollte[457]: Die beiden miteinander korrespondierenden Willenserklärungen, aus denen sich der dingliche Vertrag ergebe, lägen in der Aufsandungserklärung des Veräußerers einerseits und in dem gegenüber dem Grundbuchsgericht „präsentierten“ Eintragungsgesuch des Erwerbers andererseits[458]. In der Aufsandungserklärung des Veräußerers sei außerdem auch die „Ermächtigung“ (womit nach heutiger Dogmatik eine Vollmacht gemeint gewesen sein dürfte) für den Erwerber enthalten, die Erklärung im Namen des Veräußerers gegenüber dem Grundbuchsgericht abzugeben; mit der Überreichung des Eintragungsgesuchs komme der „dingliche Eigenthumsübertragungsvertrag“ zustande.

Strohals Lehre von der dinglichen Einigung beim bücherlichen Erwerb setzte sich nicht durch[459]. Man wendete dagegen zunächst ein, die Aufsandungserklärung müsse nach dem Gesetz nur einseitig erfolgen und bedürfe

454 Siehe die Nachweise oben S 101 in FN 438. Ferner *Burckhard*, System III 361; *Randa*, Eigenthumsrecht² 100. Implizit für den Fall der Pfandbestellung etwa *Exner*, Hypothekenrecht 144 FN 2. Anders aber *Touaillon*, JBl 1905, 531 (532); *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 371, und offenbar *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 28, der generell – also auch beim bücherlichen Erwerb ebenso wie beim Mobiliarerwerb – eine einseitige Erfüllungshandlung genügen lässt. Skeptisch offenbar auch *Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 2/84.

455 Eigenthum an Immobilien 25 ff (insbesondere 30 f).

456 Siehe etwa de lege ferenda (anlässlich des preußischen Entwurfs für ein Gesetz „über den Eigenthums-Erwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten“) *Bähr*, JherJB 11, 1 (64 f und 70), der explizit von einem zwischen den Beteiligten des bücherlichen Erwerbs zu schließenden „dinglichen Vertrag“ spricht.

457 Mit diesem Befund auch *Hofmeister*, Liegenschaftserwerb 321 f; *derselbe*, NZ 1981, 113 (116).

458 Dieser Gedanke findet sich nahezu wortgleich bereits bei *Bähr*, JherJB 11, 1 (76 FN 41).

459 *Touaillon*, JBl 1905, 493 (495). Besonders deutlich etwa auch *Geller*, ZBl 1, 517 (528 ff), der *Strohals* dinglichen Vertrag (aaO 531) ein „Phantasiegebilde“ nennt.

keiner korrespondierenden Annahme im Eintragungsgesuch[460]. Ferner spricht gegen *Strohals* Konstruktion, dass auch derjenige Teil für das Eintragungsgesuch antragslegitimiert ist, der die Eintragungsbewilligung erteilt hat, also der Verfügende[461]; in dieser Konstellation – Verfügender überreicht das Eintragungsgesuch – findet sich aber keine Handlung des Erwerbers, die man als Annahmeerklärung werten könnte; demnach lässt sich kein Zustandekommen der dinglichen Einigung konstruieren und der Rechtserwerb müsste scheitern. Auch diese Überlegung hielt man *Strohals* Standpunkt entgegen[462]. *Strohals* Ansatz stieß somit durchwegs auf Ablehnung. Es gelang aber ebenso wenig, ein alternatives Modell zu entwickeln, um das Zustandekommen der dinglichen Einigung beim bücherlichen Erwerb zu erklären. Dennoch hat man durchwegs nicht in Zweifel gezogen, dass auch der wirksame Erwerb bücherlicher Rechte das Zustandekommen einer dinglichen Einigung erfordert[463]. Dies entspricht – wie erwähnt[464] – im Ergebnis der heute herrschenden Auffassung.

2. Blickt man auf die gesetzlichen Vorschriften für das Grundbuchsverfahren, erscheint dieser Standpunkt nicht selbstverständlich. Dass der bücherliche Erwerb eine dingliche Einigung erfordert, ließe sich nämlich deswegen anzweifeln, weil das Grundbuchsverfahren keine Prüfung vorsieht, ob zwischen den Beteiligten tatsächlich ein (zweiseitiges) Verfügungsgeschäft, also eine Einigung zustande gekommen ist[465]. Verlangt wird für die Einverleibung lediglich die einseitige[466] Aufsandungserklärung (§ 31 Abs 1 iVm § 32 Abs 1 lit b GBG). Allein der Umstand, dass das Grundbuchsgericht die dingliche Einigung nicht prüft, erlaubt meines Erachtens allerdings nicht den Schluss,

460 *Burckhard*, System III 360 ff; zustimmend *Bloch* in *Stubenrauch*, Commentar[8] I 567 FN 4. Ebenso *Hofmeister*, NZ 1981, 113 (116).

461 Heute herrschende Auffassung; siehe nur *Burckhard*, System III 267; *Dittrich*, ÖJZ 1953, 60 (insbesondere 64); *Ehrenzweig*, System[2] I/2, 257 bei und in FN 8; *Klang* in Klang, ABGB[2] II 353; *Spielbüchler*, Schuldverhältnis 108; *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht[2] § 77 GBG Rz 12, 15; OGH 5 Ob 7/73 in NZ 1974, 74 = RZ 1973, 67; 5 Ob 38/81 in SZ 56/17 = JBl 1984, 381 mit Anmerkung *Hoyer*; 5 Ob 103/92 in ÖBA 1993, 72 = NZ 1993, 132 mit Anmerkung *Hofmeister;* 6 Ob 269/07p in wobl 2009, 54/24 = NZ 2008, 283/75; RIS-Justiz RS0006730 und RS0060971. Anders aber noch *Strohal*, Eigenthum an Immobilien 31 FN 10; *Bartsch*, Grundbuchsgesetz[7] 41 ff; zweifelnd auch *Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 2/86.

462 *Burckhard*, System III 361; ebenso *Hofmeister*, NZ 1981, 113 (116). Siehe auch *Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 2/85.

463 So ausdrücklich *Burckhard*, System III 361. Implizit für die Pfandbestellung etwa *Exner*, Hypothekenrecht 144 FN 2.

464 Siehe dazu die Nachweise oben S 101 in FN 438 und S 104 FN 454. Anders aber *Kieweler*, NZ 2013, 257 (261 f), der die Aufsandung als einseitiges (dingliches) Rechtsgeschäft betrachtet, das widerrufbar sei, solange die Erklärung nicht „die Rechtssphäre des Erklärenden verlässt“.

465 Solche Bedenken hegt auch *Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 2/84.

466 Vgl die Nachweise oben S 101 und FN 440.

die dingliche Einigung sei beim derivativen Erwerb bücherlicher Rechte entbehrlich. Das österreichische Grundbuchsrecht kennt nämlich kein zwingendes Prinzip, wonach das Grundbuchsgericht das Vorliegen sämtlicher Erfordernisse für einen derivativen Rechtserwerb zu verifizieren hat[467]: Das Grundbuchsverfahren ist als Akten- und Urkundenverfahren ausgestaltet[468], daher ist der Grundbuchsrichter darauf beschränkt, jene Erwerbsvoraussetzungen und -hindernisse zu prüfen, die sich aus dem Antrag selbst, aus dem Grundbuchsstand oder aus den vorgelegten Urkunden ergeben (§ 94 Abs 1 GBG)[469]. Dieses sogenannte beschränkte Legalitätsprinzip[470] sieht man als konsequent an, zumal das Grundbuchsverfahren nicht den Zweck hat, über materiell-zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen zu entscheiden, und keine Garantie für die sachliche (materiell-rechtliche) Richtigkeit der bewilligten und vollzogenen Eintragungen gewähren will[471]. Dementsprechend folgt das österreichische Grundbuchsrecht nicht dem Grundsatz des Formalprinzips, allein der Bucheintrag als solcher wirkt also nicht rechtsbegründend; vielmehr liegt im Bucheintrag bloß der Modus, der nur dann Rechtswirkungen äußert, wenn sämtliche Voraussetzungen gegeben sind, die das materielle Recht für die beabsichtigte Rechtsänderung vorschreibt[472]. Damit steht es in Einklang, dass man das Grundbuchsgesetz als ein „doppelfunktionales“ Gesetz ansieht, das materielles Recht und Prozessrecht verbinde[473]; soweit die Vorschriften des Grundbuchsgesetzes prozessuales Recht enthielten[474], komme ihnen – sofern man einer landläufigen[475], aber wohl zurecht

467 Anders offensichtlich im konkreten Zusammenhang *Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 2/84.

468 *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 94 GBG Rz 2 mit weiteren Hinweisen.

469 *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 94 GBG Rz 2. Deutlich in diesem Sinne wohl auch schon *Touaillon*, JBl 1905, 493 (495 f).

470 *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB³ § 431 Rz 5; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 3/61.

471 *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 94 GBG Rz 2 und § 75 GBG Rz 1. So steht es der Bewilligung der Eintragung nicht einmal entgegen, wenn der Grundbuchsrichter von nicht zu prüfenden Umständen positiv weiß, etwa vom Zahlungsverzug des Käufers und von einem daraus resultierenden Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers (§ 1052 ABGB); *Kodek*, aaO § 94 GBG Rz 9.

472 *Strohal*, Eigenthum an Immobilien 3; *Burckhard*, System III 380 ff; *E. Adler*, Publicitäts-Prinzip 4 ff; *Touaillon*, JBl 1905, 481 (481); *Ehrenzweig*, System² I/2, 233; *Klang* in Klang, ABGB² II 345; *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 61 GBG Rz 1 mit weiteren Hinweisen. In diesem Sinne de lege ferenda (anlässlich des preußischen Entwurfs für ein Gesetz „über den Eigenthums-Erwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten“) auch schon *Bähr*, JherJB 11, 1 (66 f). Anders aber noch die ältere Lehre (*Exner*, Hypothekenrecht 73 ff; *derselbe*, Publizitätsprinzip 5 ff).

473 *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht² Rz 9.

474 Zur Qualifikation im Einzelnen nach der – wohl nur bedingt vergleichbaren – deutschen Rechtslage *Kuchinke*, JZ 1964, 145 (152).

475 Dazu *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 44; *Anhalt*, Verfahrensgrundsätze 7. Siehe etwa auch *Konecny*, ÖBA 1987, 311 (314); *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 87. Konkret

in Frage gestellten[476] Auffassung folgt – bloß die Funktion zu, der Verwirklichung des materiellen Rechts zu dienen. Dass die grundbuchsrechtlichen Vorschriften keine Prüfung des zweiseitigen Verfügungsgeschäfts vorsehen, erlaubt daher meines Erachtens nicht den Schluss, der bücherliche Rechtserwerb erfordere materiell-rechtlich keine dingliche Einigung.

Ferner ist zu bedenken, dass das heute geltende, 1955 in Kraft getretene österreichische Grundbuchsgesetz[477] zum Ziel hatte, verstreute Rechtsvorschriften zusammenzufassen und wiederzuverlautbaren; inhaltlich folgt es somit der schon zuvor geltenden Rechtslage nach dem Allgemeinen Grundbuchsgesetz[478] aus dem Jahr 1871[479]. Zu dieser Zeit war die dogmatische Figur der dinglichen Einigung noch nicht anerkannt[480], sodass sie im positiven Recht unberücksichtigt blieb. Vor dem Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte sollte man es daher nicht als bewussten gesetzgeberischen Verzicht auf ein zweiseitiges Verfügungsgeschäft werten, wenn das Grundbuchsgesetz lediglich eine (einseitige) Aufsandungserklärung, aber kein (zweiseitiges) Verfügungsgeschäft verlangt.

Meines Erachtens ist eine zweiseitige dingliche Verfügung somit auch beim bücherlichen Erwerb Wirksamkeitsvoraussetzung. Dass dies im Grundbuchsverfahren ungeprüft bleibt, steht einem solchen Standpunkt nicht entgegen. Daher ist – gerade im Gegenteil – kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigt oder gar danach verlangt, beim bücherlichen Erwerb von den allgemein anerkannten[481] sachenrechtlichen Grundsätzen des derivativen Rechtserwerbs abzugehen. Im Ergebnis ist an der herrschenden Auffassung[482] festzuhalten, wonach auch der **derivative Erwerb bücherlicher Rechte** ein **zweiseitiges dingliches Geschäft** erfordert.

---

mit Blick auf die grundbuchsrechtlichen Vorschriften *Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 2/86. Die Urheberschaft für diese sehr prägnante, beinahe schon sprichwörtliche Redensart dürfte *Windscheid*, Actio des römischen Civilrechts 3, zuzuschreiben sein: „Für das heutige Rechtsbewußtsein ist das Recht das Prius, die Klage das Spätere, das Recht das Erzeugende, die Klage das Erzeugte".

476 Dass dieses Rangordnungsverhältnis allgemein gilt, stellt man zurecht in Frage: *Oberhammer*, OHG im Zivilprozess 2; *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (287); ferner *Zöllner*, AcP 190, 471 (482: Fehlvorstellung vom Primat des materiellen Rechts).

477 BGBl 1955/39.

478 RGBl 1871/95.

479 StProtNR 7. GP 2801; *Höller* in Kodek, Grundbuchsrecht[2] Vor § 1 GBG Rz 15. Zur Entwicklungsgeschichte des österreichischen Grundbuchsrechts eingehend *Hofmeister*, Liegenschaftserwerb *passim*, der (aaO 334) darauf hinweist, dass die heutige Rechtslage in wesentlichen Teilen sogar auf Landtafeln und Grundbuchspatente des 18. Jahrhunderts zurückgeht.

480 Eingehend *Hofmeister*, Liegenschaftserwerb 296 ff. Siehe auch die Nachweise oben S 65 ff.

481 Dazu oben 2. Kapitel § 3 A.I; S 60 bei und in FN 268.

482 Vgl die Nachweise oben S 104 FN 454. Anders wohl *Kieweler*, NZ 2013, 257 (261 f),

3. Ein Fehlen der dinglichen Einigung lässt den Erwerb somit scheitern. Es ist angezeigt, die Kontrollfrage zu stellen, ob und mit **welchen prozessualen Mitteln** es geltend zu machen ist, wenn die dingliche Einigung nicht zustande kommt oder widerrufen wird (was auch beim bücherlichen Erwerb möglich ist[483]). Beiden Beteiligten – dem Verfügenden und dem Erwerber – muss es offenstehen, die bücherliche Eintragung wegen eines solchen Mangels zu bekämpfen. Sollte das Grundbuchsrecht kein entsprechendes verfahrensrechtliches Instrument vorsehen, ließe sich allenfalls auf diesem Wege in Zweifel ziehen, dass ein zweiseitiges Verfügungsgeschäft beim bücherlichen Erwerb notwendig ist.

Um eine Eintragung, die ohne dingliche Einigung vollzogen wurde, rückgängig zu machen beziehungsweise zu bekämpfen, kommen prima vista zwei Wege in Betracht: zum einen der Rekurs gegen den die Eintragung bewilligenden Beschluss des Grundbuchsgerichts; zum anderen eine Löschungsklage. Während die Löschungsklage (§§ 61 ff GBG) einen Widerspruch zwischen der Eintragung und der materiellen Rechtslage bekämpft, kann durch den **Rekurs** (§§ 122 ff GBG) nur geltend gemacht werden, dass das Gericht nach der Aktenlage beziehungsweise nach dem Inhalt des Grundbuchsgesuchs unrichtig entschieden hat[484]. Wie bereits dargestellt (oben S 105 f), hat und vermag das Grundbuchsgericht anhand der vorzulegenden Urkunden nur das Vorliegen der (einseitigen) Aufsandungserklärung zu prüfen[485]; ob der Erwerber diese Vertragserklärung des Verfügenden angenommen hat, ob also die dingliche Einigung zustande gekommen ist, unterliegt nicht der Kognition des Grundbuchsgerichts. Zudem gilt für das Rechtsmittelverfahren in Grundbuchssachen ein Neuerungsverbot (§ 122 Abs 2 GBG)[486]; es ist daher nicht nur ausgeschlossen, das Fehlen der dinglichen Einigung im Bewilligungsverfahren zu prüfen, sondern dieser Umstand kann ebenso wenig nachträglich (im Rekursverfahren) vorgebracht und geprüft werden. Meines Erachtens ist es demnach nicht möglich, einen solchen Mangel durch Rekurs geltend zu machen.

4. Soll das Fehlen der dinglichen Einigung releviert werden, bleibt als verfahrensrechtliches Vehikel somit nur die **Löschungsklage**. In der Beurteilung kaum problematisch ist dabei jener – in der Praxis wohl häufigere – Fall, in

wenn er davon ausgeht, die erforderliche Aufsandungserklärung sei ein einseitiges Rechtsgeschäft.

483 Unten 2. Kapitel § 3 B.IV.4.d; S 111 ff.

484 *Bartsch*, Grundbuchsrecht[7] 118; *Hoyer*, NZ 2000, 161 (165 f); *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht[2] § 122 GBG Rz 75 und Rz 78 ff; OGH 1 Ob 82/73 in SZ 46/56; 6 Ob 185/08m; 5 Ob 233/09i in wobl 2011, 18/8; RIS-Justiz RS0124445. Anders noch *Nagl*, NZ 1880, 317 und 321 (321 f), nach dessen Ansicht ein Wahlrecht zwischen Rekurs und Löschungsklage besteht.

485 Ihr Fehlen ist mittels Rekurs geltend zu machen: OGH 3 Ob 680/38 in SZ 20/254; *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht[2] § 122 GBG Rz 78.

486 *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht[2] § 122 GBG Rz 67.

dem der durch die Eintragung belastete Teil, also der (vermeintlich) **Verfügende**, wegen des mangelnden Verfügungsgeschäfts die Löschung anstrebt. Die Rechtsprechung[487] hat seinen Anspruch auf Löschung bereits ausdrücklich bejaht, wenn die Aufsandungserklärung erschlichen wurde. Dem Erschleichen wird man es gleichzuhalten haben, dass der Verfügende die dingliche Einigung widerrufen hat (was nach der hier vertretenen Auffassung auch beim bücherlichen Erwerb möglich ist[488]). Fehlt es am Verfügungsgeschäft oder hat der Verfügende die Aufsandungserklärung widerrufen, sind die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Rechtserwerb nicht erfüllt; der Verfügende ist daher „durch die Einverleibung in seinem bücherlichen Recht verletzt" (§ 61 Abs 1 GBG) und daher zur Löschungsklage aktiv legitimiert.

5. Fraglich könnte allerdings sein, ob sich auch der durch die Eintragung berechtigte Teil, also der **Erwerber** gegen die Übertragung des Rechts auf ihn zur Wehr setzen kann[489], indem er Fehlen beziehungsweise Widerruf der dinglichen Einigung durch Löschungsklage geltend macht. Nach wohl herrschender Auffassung[490] setzt die Löschungsklage nämlich voraus, dass der Kläger in einem bücherlichen[491] Recht verletzt ist. Daraus wird abgeleitet[492], Kläger könne nur sein, wer im Grundbuch bereits eingetragen war und durch eine nachfolgende (materiell) rechtswidrige Eintragung aus dem Grundbuch verdrängt oder belastet wurde; im Fall einer Eigentumsübertragung also der frühere Eigentümer[493] oder sonst nur ein dinglich Berechtigter,

487 OGH 5 Ob 180, 181/68; 1 Ob 680/79 in NZ 1980, 78; RIS-Justiz RS0011334.

488 Dazu sogleich unten 2. Kapitel § 3 B.IV.4.d; S 111.

489 Die Annahme, auf Seiten des Erwerbers bestehe ein Interesse, den bücherlichen Rechtserwerb abzuwehren, erscheint dabei keineswegs hypothetisch. Denkbar ist dies etwa, wenn mit der Eigentümerstellung Haftungen (zum Beispiel nach § 74 AWG 2002) verbunden sind oder wenn die Eintragung sonstige Nachteile nach sich zieht, etwa weil eine Sprungeintragung an einen Dritterwerber nach § 22 GBG, die gebührenrechtliche Vorteile mit sich brächte (dazu *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht[2] § 22 GBG Rz 1), ausscheidet. Auch generell ist davon auszugehen, dass ein Rechtserwerb niemandem aufgezwungen werden darf (*Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 2/86 bei FN 163 mit weiteren Hinweisen, der daraus allerdings nicht die Legitimation zur Löschungsklage ableitet, sondern bereits das von der herrschenden Auffassung [S 105 FN 461] gewährte Antragsrecht zum Rechtserwerb verneint).

490 *Hoyer*, NZ 2000, 161 (165); *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht[2] § 61 GBG Rz 3; OGH 1 Ob 82/73 in SZ 46/56. Das Gesetz selbst (§ 61 GBG) regelt nur die Zulässigkeit der Streitanmerkung (*Kodek*, aaO).

491 Nicht ausreichen soll es hingegen, wenn ein dingliches, jedoch nicht verbüchertes Recht des Klägers verletzt wurde; dazu *Demelius*, AcP 157, 361 (365 mit weiteren Hinweisen).

492 *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht[2] § 61 GBG Rz 11 ff.

493 OGH 2 Ob 915/32 in JBl 1934, 496; 7 Ob 238/74 in SZ 47/144 = JBl 1975, 433; RIS-Justiz RS0060329.

der schon bücherliche Rechte besessen habe[494]. Beklagter sei, wer mit der bekämpften Eintragung unmittelbar Eigentümer oder Berechtigter geworden sei[495]. Ausgehend von dieser Auffassung erscheint es in der Tat problematisch, dem Erwerber eines bücherlichen Rechts ebenfalls die Möglichkeit einzuräumen, gegen die Einverleibung eines Rechtserwerbs zu seinen Gunsten vorzugehen. Verneint man in Anwendung dieser Rechtssätze, dass der Erwerber bei fehlender oder widerrufener dinglicher Einigung zur Löschungsklage legitimiert ist, greift dies meines Erachtens jedoch zu kurz. Denn die herrschende Auffassung zum grundbuchsrechtlichen Verfahren behandelt Verfügenden und Erwerber gleich, was Antragslegitimation und ebenso was Rekurslegitimation betrifft: Da das Grundbuchsgesetz für keine der beiden Fragen (Antrag und Rekurs) eine Regelung enthält[496], sind die allgemeinen Bestimmungen zum außerstreitigen Verfahren anzuwenden. Danach sind grundsätzlich sowohl der durch die beantragte Grundbuchshandlung Berechtigte (der Erwerber) als auch der dadurch Belastete (der Verfügende) *antrags*legitimiert[497]. Für die *Rekurs*legitimation wird zwar vertreten, sie komme grundsätzlich nur demjenigen zu, der in seinen bücherlichen Rechten verletzt sein kann, indem diese durch die bekämpfte Entscheidung belastet, abgetreten, beschränkt oder aufgehoben werden[498]. Von dem Erfordernis der Beeinträchtigung bücherlicher Interessen macht die Rechtsprechung[499] jedoch eine Ausnahme, wenn der Rekurswerber zur Antragstellung legitimiert gewesen wäre[500]. Aus diesem Standpunkt ergibt sich nicht nur die – von der zitierten Rechtsprechung bereits bejahte – Rekurslegitimation des bücherli-

494 *Klang* in Klang, ABGB² II 384; *Bartsch*, Grundbuchsgesetz⁷ 525; OGH 7 Ob 238/74 in SZ 47/144 = JBl 1975, 433; 2 Ob 511/96 in NZ 1998, 335; RIS-Justiz RS0060428.

495 *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 61 GBG Rz 13; OGH 4 Ob 516/96 in SZ 69/39 = ecolex 1996, 851 mit Anmerkung *Wilhelm*.

496 *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 77 GBG Rz 1 (zur Antragslegitimation) und § 122 Rz 9 (zur Rekurslegitimation). Siehe ferner die Nachweise in den folgenden FN.

497 Nachweise oben S 105 in FN 461. Dies wurde bereits zum AußStrG 1854 (RGBl 1854/208) damit begründet, dass Partei und somit zum Ansuchen berechtigt jedermann sei, der in seinen subjektiven Rechten unmittelbar berührt wird (*Hoyer*, JBl 1984, 382 [Entscheidungsanmerkung]). Daran hat sich im Hinblick auf § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG 2003 (BGBl I 2003/111), der eine „unmittelbare Beeinflussung der rechtlich geschützten Stellung" fordert, nichts geändert (OGH 6 Ob 269/07p in wobl 2009, 54/24).

498 *Bartsch*, Grundbuchsrecht⁷ 602; *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 122 GBG Rz 15; OGH 5 Ob 48/69 in SZ 42/38; 5 Ob 13/76 in NZ 1977, 42; 5 Ob 77/94 in SZ 67/192; 5 Ob 1/78 in EvBl 1978/124; 5 Ob 48/91 in NZ 1991, 321; 5 Ob 108/95 in SZ 68/150 = NZ 1996, 281 mit zustimmender Anmerkung *Hoyer*; 5 Ob 1063/94 in NZ 1996, 253; 5 Ob 166/99v; 5 Ob 16/02t in ZIK 2002/240; 5 Ob 117/09f; RIS-Justiz RS0006710.

499 OGH 5 Ob 108/95 in SZ 68/150 = NZ 1996, 281 mit Anmerkung *Hoyer*.

500 *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 122 GBG Rz 13. Dies führt die Lehre auf das allgemeine Prinzip zurück, wonach derjenige, zu dessen Gunsten ein Grundbuchsgesuch überreicht worden ist, eine bedingte dingliche Anwartschaft erlangt, die einem

chen Erwerbers im Grundbuchsverfahren (§§ 122 ff GBG) gegen Eintragungen zu seinen Gunsten; mithilfe derselben Argumentation lässt sich ebenso seine **Aktivlegitimation für eine Löschungsklage** begründen[501].

6. Im Ergebnis hält das Grundbuchsrecht demnach die **prozessuale Möglichkeit** bereit, geltend zu machen, dass die zweiseitige dingliche Einigung für den bücherlichen Erwerb fehlt; sowohl der Verfügende wie auch der Erwerber des bücherlichen Rechts können Eintragungen bekämpfen, wenn die materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung der zweiseitigen dinglichen Einigung nicht vorliegt. Wenngleich im Grundbuchsverfahren zwar nicht zu prüfen ist, ob die dingliche Einigung zwischen den Beteiligten zustande gekommen ist, so besteht doch kein Grund von dem allgemeinen Grundsatz abzugehen, wonach der derivative Rechtserwerb neben dem Verpflichtungsgeschäft als **Wirksamkeitsvoraussetzung auch ein zweiseitiges Verfügungsgeschäft** erfordert. Die herrschende Auffassung erweist sich im Ergebnis als zutreffend.

d. Zustandekommen und Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung beim Erwerb bücherlicher Rechte

1. Wie gezeigt, setzt auch der Erwerb bücherlicher Rechte voraus, dass ein zweiseitiges Verfügungsgeschäft zustandekommt; die einseitige Aufsandungserklärung allein genügt nicht. Zu erörtern ist nun, ob der Verfügende dieses Verfügungsgeschäft ebenso wie beim Erwerb beweglicher Sachen (bis zu einem bestimmten Zeitpunkt) einseitig widerrufen kann. Wer dazu Überlegungen anstellt, muss sich zunächst Klarheit darüber verschaffen, wie und wodurch die dingliche Einigung zustande kommt. Den bisher – soweit ersichtlich – einzigen fundierten Versuch zu erklären, wie das Verfügungsgeschäft beim bücherlichen Erwerb zustandekommt, lieferte *Strohal*: Nach seiner – bereits referierten (S 104) – Lehre sind die beiden korrespondierenden Willenserklärungen, aus denen sich der dingliche Vertrag ergebe, in der Aufsandungserklärung des Veräußerers einerseits und in dem gegenüber dem Grundbuchsgericht „präsentierten" Eintragungsgesuch des Erwerbers andererseits zu finden. Zwar ist dieser Ansatz – wie ebenfalls schon erwähnt[502] – durchwegs auf Ablehnung gestoßen, im Ergebnis verlangt die heute herrschende Meinung aber doch für den wirksamen Immobiliarerwerb, dass eine dingliche Einigung zustandekommt. Vor diesem Hintergrund verwundert es, dass man bisher – soweit überblickbar – keine Alternative zur *Strohal'schen* Konstruktion des dinglichen Vertrages beim bücherlichen Erwerb entwickelt

grundbücherlichen Recht gleichzuhalten ist (vgl *Hofmeister*, Liegenschaftserwerb 328, sowie *derselbe*, NZ 1992, 158 [160]).

501 *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 122 GBG Rz 13.

502 Oben S 104 f samt Nachweisen.

hat. Eben dieses Unbehagen spürt man auch im Schrifttum[503], wenn bemängelt wird, es sei ungeklärt, wodurch die dingliche Einigung eigentlich zustande komme und in welchem (insbesondere zeitlichen) Verhältnis sie zur Aufsandungserklärung stehe.

2. Schließt man sich der herrschenden Auffassung an, wonach der bücherliche Erwerb eine (zweiseitige) dingliche Einigung voraussetzt, und führt man sie mit der oben entwickelten These zur Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung zusammen, so ist es allerdings entbehrlich, nach dem exakten Zeitpunkt zu forschen, zu dem die dingliche Einigung zustandekommt: Die dingliche Erklärung des Verfügenden bleibt nämlich jedenfalls – also auch nach Perfektion des dinglichen Vertrages – widerrufbar, solange der Erwerber auf den sicheren Rechtserwerb nicht vertrauen darf. Beim **Mobiliarerwerb** kann der Veräußerer bis zur Übergabe (Besitzverschaffung[504]) Zwischenverfügungen zugunsten Dritter vornehmen und so den Rechtserwerb des Ersterwerbers vereiteln (§§ 430, 442 Satz 3 ABGB); daher besteht – wie zuvor herausgearbeitet[505] – vor Übergabe kein schutzwürdiges Erwerbervertrauen auf den Bestand des dinglichen Geschäfts. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Veräußerer die dingliche Einigung widerrufen; dabei spielt es keine Rolle, in welchem Zeitpunkt und wodurch sie zustande gekommen ist.

3. Nicht anders ist meines Erachtens der **Erwerb bücherlicher Rechte** zu beurteilen. Hier ist für die Widerrufbarkeit ebenso wenig entscheidend, in welchem Zeitpunkt die dingliche Einigung zustande kommt. Relevant ist, ab welchem Moment der Erwerber darauf vertrauen darf, das obligatorisch (im Verpflichtungsgeschäft) zugesagte Recht tatsächlich übertragen zu bekommen; erst ab diesem Augenblick kann der Veräußerer die dingliche Einigung ihm gegenüber nicht mehr widerrufen. Anders als beim Mobiliarerwerb kann man hiefür aber nicht auf den Akt der (außerbücherlichen) Übergabe, also auf die Verschaffung des Naturalbesitzes[506] abstellen; denn weder reicht sie für einen bücherlichen Rechtserwerb aus noch ist sie dafür notwendig[507]; und vor allem: Sie schließt nicht aus, dass der Veräußerer wirksam Zwischenverfügungen zugunsten Dritter vornimmt[508].

---

503 *Hofmeister*, NZ 1981, 113 (116). Zuletzt hat *Kieweler*, NZ 2013, 257 (261 f), vorgeschlagen, die Aufsandungserklärung als einseitiges (dingliches) Rechtsgeschäft zu deuten.

504 Zur Definition des Übergabeaktes oben S 86 FN 390 mit Nachweisen.

505 Oben 2. Kapitel § 3 B.III.2.c; S 89 ff.

506 Wiederum siehe die Nachweise oben S 86 FN 390.

507 Statt aller *Strohal*, Eigenthum an Immobilien 44 ff; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 431 Rz 1 und Rz 28; *Riss* in KBB, ABGB[7] § 312 Rz 2; OGH 5 Ob 183/75 in JBl 1976, 144 mit zustimmender Anmerkung *F. Bydlinski*; 5 Ob 671/76 in JBl 1977, 257; 10 Ob 14/07t in ecolex 2008, 420/144; RIS-Justiz RS0011111.

508 *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 431 Rz 28; *Riss* in KBB, ABGB[7] § 431 Rz 6 und § 441 Rz 3. Naturalbesitz kann demnach nicht dazu führen, dass der besitzende

Sucht man beim Vorgang des bücherlichen Erwerbs nach dem Pendant zur Besitzverschaffung an beweglichen Sachen, liegt die Antwort keineswegs auf der Hand. Wie *Hofmeister*[509] treffend herausstreicht, gibt der allgemein gebrauchte Stehsatz, der Übergabe beweglicher Sachen entspreche bei verbücherten Rechten die bücherliche Eintragung, die tatsächliche Rechtslage nur sehr verkürzt und unzureichend wieder; vielmehr zerfalle der **Modus** des bücherlichen Erwerbs in einen **mehrgliedrigen Vorgang** aus drei Elementen: (1) Abgabe der Aufsandungserklärung, (2) Überreichung beziehungsweise Einlangen des Grundbuchsgesuchs bei Gericht und schließlich (3) bücherliche Eintragung. An jedes dieser drei Moduselemente sei ein Teil der Rechtswirkungen geknüpft, die bei Übergabe beweglicher Sachen gleichzeitig eintreten. Mit Abgabe der Aufsandungserklärung (1) erlange der hierdurch Begünstigte eine Rechtsposition, die ihn befähige, die dingliche Rechtsänderung ohne weiteres Einverständnis beziehungsweise Handeln des durch die Rechtsänderung Betroffenen herbeizuführen; er erlange also ein Gestaltungsrecht auf Änderung der dinglichen Rechtslage[510]. Nach Gesuchsüberreichung (2) erstarke dieses Gestaltungsrecht zu einer Anwartschaft auf den Erwerb, die gegenüber konkurrierenden Rechten Dritter sowie in der Insolvenz bereits dieselben Wirkungen äußere wie das erlangte dingliche Recht selbst. Schließlich erfolge die eigentliche Rechtsänderung durch die bücherliche Umschreibung (3).

Hat man mit *Hofmeister* somit erkannt, dass sich der Modus beim bücherlichen Erwerb in mehreren Phasen vollzieht, fällt es nicht mehr schwer, jenen Moment zu bestimmen, der über die Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung entscheidet. Maßgebend ist hierfür – wie oben ausgeführt[511] – das schutzwürdige **Erwerbervertrauen** darauf, tatsächlich das obligatorisch zugesagte **Recht übertragen zu bekommen**. Damit darf der Erwerber erst rechnen, wenn der Verfügende seinen Rechtserwerb nicht mehr einseitig durch Zwischenverfügungen zugunsten Dritter vereiteln kann. Für den Er-

außerbücherliche Erwerber gegenüber einem späteren bücherlichen Erwerber geschützt ist, wenn dieser von Verkauf und Übergabe an jenen Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis hatte (so aber noch *Klang* in Klang, ABGB² II 361 f, und ihm folgend die ältere Rechtsprechung, etwa OGH 1 Ob 441/53 in JBl 1954, 68; 1 Ob 222/60 in JBl 1961, 416; RIS-Justiz RS0011290). Nach heute herrschender Auffassung (statt aller bloß *Holzner*, aaO Rz 11; *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB, ABGB⁷ § 859 Rz 17; *Apathy/Perner* in KBB, ABGB⁷ § 1061 Rz 2; OGH 6 Ob 169/07g in NZ 2008, 144/38 = MietSlg 59.038) steht dem Besitzer hingegen bloß ein auf Naturalrestitution (also auf Herausgabe gerichteter) Schadenersatzanspruch wegen Verletzung seines besitzverstärkten Forderungsrechts zu (grundlegend *Koziol*, Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte 120 ff).

509 NZ 1981, 113 (116).

510 Anders aber wohl *Kuchinke*, JZ 1964, 145 (152), der die Befugnis, die Eintragung im Grundbuch zu bewirken als einen rein öffentlich-rechtlichen, gegen den Staat gerichteten Anspruch ansieht.

511 2. Kapitel § 3 B.III.2.c; S 89 ff.

werb bücherlicher Rechte folgt das Gesetz bekanntlich dem grundbücherlichen Rangprinzip, wonach demjenigen Erwerber Vorrang und somit eine geschützte Position gegenüber anderen zukommt, dessen **Grundbuchsgesuch** zuerst **bei Gericht eingelangt** ist (§ 438, § 440 ABGB; § 29 Abs 1 GBG)[512]. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Verfügende den bücherlichen Rechtserwerb des Ersterwerbers trotz Aufsandungserklärung und dinglicher Einigung vereiteln. Davor darf der Ersterwerber nicht auf die Wirksamkeit der dinglichen Einigung vertrauen. Meines Erachtens kann der Verfügende die dingliche Einigung – in entsprechender Anwendung der schon oben angestellten Überlegungen zum Mobiliarerwerb – somit **widerrufen**, solange der Erwerber sein Grundbuchsgesuch bei Gericht noch nicht überreicht.

Nach *Hofmeister*[513] hingegen soll der Verfügende die **Aufsandungserklärung**, generell nicht mehr widerrufen können, sobald er sie abgegeben hat[514]; der Erwerber – so *Hofmeister* – erlange dadurch (gemeint wohl: mit Erklärungszugang) eine einseitig „nicht mehr entziehbare Rechtsposition“, die ihn befähige, die dingliche Rechtsänderung ohne weitere Mitwirkung des Verfügenden herbeizuführen. Überzeugend ist daran, dass die Abgabe der Aufsandungserklärung den Erwerber grundsätzlich in die Lage versetzt, einseitig – nämlich durch Einbringen des Grundbuchsgesuchs – eine Änderung der dinglichen Rechtslage in Gang zu setzen. Zutreffend ist ferner der von *Hofmeister* implizit eingenommene Standpunkt, die (Un-)Widerrufbarkeit des dinglichen Geschäfts hänge davon ab, ob dem Erwerber eine „nicht mehr entziehbare Rechtsposition“ zukomme. Denn eine solche Rechtsposition lässt das schutzwürdige Erwerbervertrauen auf die Rechtsübertragung entstehen und rechtfertigt die Bindungswirkung der dinglichen Einigung. Nicht zuzustimmen ist *Hofmeister* meines Erachtens jedoch darin, dass der Verfügende die „nicht mehr entziehbare Rechtsposition“ des Erwerbers und damit ein schutzwürdiges, die Unwiderrufbarkeit rechtfertigendes Erwerbervertrauen schon dadurch begründet, dass er die Aufsandungserklärung abgibt. Allein dieser Vorgang schließt nämlich nicht aus, dass der Verfügende **gegenüber Dritten eine weitere Aufsandungserklärung** abgibt (oder schon abgegeben hat), die es dem Dritten erlaubt, sein Recht einverleiben zu lassen und

512 Dazu bloß *Rassi* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 29 GBG Rz 20; *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht² Rz 184 und 204; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 3/42 ff.

513 Liegenschaftserwerb 328 FN 2.

514 Dies entspricht im Kern der deutschen Rechtslage, die allerdings auf Grund einer speziellen, im österreichischen Recht nicht vorhandenen positivrechtlichen Regelung (§ 873 BGB) auf den österreichischen Rechtsbereich nicht übertragbar ist (dazu oben 2. Kapitel § 3 B.IV.4.b; S 102 ff). So wird daher im deutschen Schrifttum (*Stöver*, ArchBR 26, 149 [191]) zwar die Problematik erkannt, dass der Veräußerer trotz gesetzlich angeordneter Bindungswirkung der Einigung Dritten gegenüber frei verfügen kann, jedoch ohne daraus den hier vertretenen Schluss zu ziehen, dass die dingliche Einigung wiederrufbar ist.

eine konkurrierende Eintragung des Ersterwerbers zu vereiteln; dazu muss der Dritte lediglich dem Ersterwerber mit der Überreichung des Grundbuchsgesuchs zuvorkommen. Exakt auf diese Möglichkeit und die damit verbundene Schwäche der Rechtsposition des Ersterwerbers hat schon *Strohal*[515] hingewiesen, allerdings ohne daraus die Konsequenz zu ziehen, dass die dingliche Einigung widerrufbar sein muss: Zunächst stellt er fest, die in der Aufsandungserklärung enthaltene Ermächtigung des Erwerbers sei „einseitig nicht mehr widerruflich"; wenngleich der Verfügende die dem Erwerber erteilte Rechtsmacht nicht mehr einseitig widerrufen könne, so könne „er den Gebrauch derselben doch dadurch illusorisch machen, indem er jenen Buchsstand verrückt, welchen die ausgestellte Intabulationsbewilligung zur Voraussetzung hat, bevor noch der [Ersterwerber] um Vornahme der Eintragung angesucht hat." Diese Möglichkeit des Verfügenden folgt – wie erwähnt (S 114) – aus dem grundbücherlichen Rangprinzip. *Strohals* Warnung, der Gebrauch der Aufsandungserklärung könne illusorisch gemacht werden, bringt zum Ausdruck, der (Erst-)Erwerber könne sich vor dem Einlangen seines Grundbuchsgesuchs nicht darauf verlassen, dass sein Recht einverleibt wird; und zwar selbst dann nicht, wenn der Verfügende ihm gegenüber bereits eine Aufsandungserklärung abgegeben hat.

4. Die „nicht mehr entziehbare Rechtsposition", die über die Unwiderrufbarkeit der dinglichen Einigung entscheidet, kann der Erwerber jedoch nicht nur dadurch begründen, dass er sein Grundbuchsgesuch überreicht. Einen wirksamen Rechtserwerb durch Dritte kann er ebenso mithilfe eines anderen grundbuchsrechtlichen Instruments ausschließen und auf diesem Wege, jene Vertrauenslage erzeugen, die die Unwiderrufbarkeit rechtfertigt: Mit der **Anmerkung der Rangordnung** für eine beabsichtigte Veräußerung oder Verpfändung (§ 53 GBG) kann man einen bücherlichen Rang vorläufig absichern, um später in diesem Rang grundbücherliche Eintragungen vorzunehmen[516]. Die Eintragung eines Eigentumsrechts im angemerkten Rang ist – in Durchbrechung des Prinzips des bücherlichen Vormannes (§ 21 GBG)[517] – sogar dann zu bewilligen, wenn die Liegenschaft in der Zwischenzeit an einen Dritten übertragen worden ist (§ 56 Abs 2 GBG). Ferner kann ein Buchberechtigter, der eine Ranganmerkung nach § 53 GBG ausgenützt hat, um die (schlichte[518]) Löschung von allfälligen sonstigen, sein dingliches Recht beeinträchtigenden Zwischeneintragungen ansuchen, also von Eintragungen,

515 Eigenthum an Immobilien 30 bei und in FN 6.
516 *Demelius*, Rangordnung 5; *K. Binder* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 53 GBG Rz 1.
517 *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 440 Rz 6; *Welser*, NZ 1994, 73 (75 bei FN 15); *K. Binder* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 56 GBG Rz 4; OGH 7 Ob 225/03v in JBl 2005, 36.
518 Es handelt sich dabei um keine Einverleibung der Löschung (7 Ob 345/97d in NZ 1999, 21), sodass ein formloser Antrag ausreicht (*K. Binder* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 57 GBG Rz 1/1 mit weiteren Hinweisen).

die nach Überreichung des Gesuchs um Ranganmerkung erwirkt worden sind (§ 57 GBG). Soweit der bücherliche Erwerber eine Ranganmerkung ausnützt, ist sein Rechtserwerb also gegen Zwischenverfügungen des Veräußerers immunisiert, ohne dass er sein Grundbuchsgesuch bereits überreicht haben muss; der Verfügende kann seinen Erwerb nicht mehr vereiteln. Damit kommt dem Erwerber in der Tat eine „einseitig nicht mehr entziehbare Rechtsposition“ zu, sodass sein Vertrauen auf den Rechtserwerb berechtigt ist. In dieser Situation kann der Verfügende die dingliche Einigung nicht mehr widerrufen.

Geschützt ist die Position eines Erwerbers und damit sein Vertrauen aber nicht schon durch die Ranganmerkung. Zudem muss er das Eintragungsgesuch unter Vorlage des (einzigen) Rangordnungsbeschlusses (§ 54 GBG) innerhalb der einjährigen Wirksamkeitsfrist (§ 55 GBG) einbringen (§ 56 Abs 1 GBG). Andernfalls ist die begehrte Eintragung des Rechts nur im laufenden Rang (vgl § 29 Abs 1 GBG) zu bewilligen[519], der Erwerb also wiederum der Gefahr ausgesetzt, dass ihn der Veräußerer durch Zwischenverfügungen zugunsten Dritter vereitelt. Nur wenn der Erwerber den **Rangordnungsbeschluss in Händen** hält[520], lässt sich sein Rechtserwerb nicht mehr verhindern.

e. Resümee und Implikationen für die Rechtspraxis des bücherlichen Erwerbs

1. Zusammenfassend zeigt sich, auch der bücherliche Erwerb setzt – in Übereinstimmung mit allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen – ein **zweiseitiges Verfügungsgeschäft** voraus. Fehlt es beim Erwerb bücherlicher Rechte an einer dinglichen Einigung, können beide Teile – Verfügender und Erwerber – diesen Mangel geltend machen. Ferner sind keine Gründe erkennbar, die dagegensprechen, die These von der **Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung**, wie sie mit Blick auf den Mobiliarerwerb entwickelt wurde, ebenso beim Immobiliarerwerb anzuwenden: Solange der Erwerber nicht mit Sicherheit damit rechnen kann, das ihm zugesagte Recht übertragen zu bekommen, darf er auf die Wirksamkeit der dinglichen Einigung nicht vertrauen; der Verfügende kann die dingliche Einigung daher widerrufen. Wiederum kommt es darauf an, ab wann ausgeschlossen ist, dass der Verfügende

519 *K. Binder* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 53 GBG Rz 6 mit weiteren Hinweisen.

520 Zwar besteht auch die Möglichkeit, die Ranganmerkung zugunsten einer bestimmten Person eingetragen zu lassen (*K. Binder* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 53 GBG Rz 5/1; OGH 5 Ob 34/95 in SZ 68/96; RIS-Justiz RS0060497). Wird dem daraus Begünstigten jedoch nicht auch der Rangordnungsbeschluss ausgehändigt, reicht dies nicht aus, um seine Position gegen Zwischeneintragungen zu sichern, weil die Einverleibung im angemerkten Rang und damit auch die Löschungsmöglichkeit nach § 57 GBG in jedem Fall von der Vorlage des Rangordnungsbeschlusses abhängig sind (*K. Binder* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 54 GBG Rz 1 f mit weiteren Hinweisen).

den Erwerb durch Zwischenverfügungen zugunsten Dritter vereitelt; auf Grund des grundbuchsrechtlichen Rangprinzips (§ 29 Abs 1 GBG) ist dies erst der Fall, sobald das **Grundbuchsgesuch** des Erwerbers **bei Gericht eingelangt** ist oder sobald ihm der **Rangordnungsbeschluss** (§ 54 GBG) **ausgehändigt** wurde.

2. Diese Sichtweise beruht auf dogmatischen Überlegungen, sie sollte aber auch den Test der Praxistauglichkeit bestehen. Bedenken könnten allenfalls in den praktischen Implikationen Nahrung finden, die es mit sich bringt, wenn der Verfügende die Aufsandungserklärung einseitig widerrufen kann: Hält der Erwerber keinen Rangordnungsbeschluss in Händen, steht es dem Verfügenden nach der hier vertretenen Ansicht demnach offen, die Aufsandung zu widerrufen und so den bücherlichen Erwerb trotz bereits abgegebener Aufsandungserklärung gewissermaßen bis zur letzten Sekunde zu vereiteln, nämlich bis zur Überreichung des Grundbuchsgesuchs. Daraus resultiert eine Rechtsmacht des Verfügenden, die jeden bücherlichen Erwerb – aus Sicht des Erwerbers – prima vista **störungsanfällig** macht. Näher besehen verschlechtert die Widerrufsmöglichkeit die Rechtsposition des Erwerbers aber kaum. Denn ohne Widerrufsrecht hat es der Verfügende gleichermaßen in der Hand, den Rechtserwerb des anderen Teils einseitig zu verhindern, nämlich indem er zugunsten eines Dritten verfügt, der sodann vor dem (Erst-)Erwerber die Einverleibung seines Rechts beantragt. Verglichen mit dieser Konstellation befindet sich der (Erst-)Erwerber in keiner schlechteren Situation, wenn der Verfügende die Aufsandung widerruft: In beiden Fällen muss er damit rechnen, dass sein Rechtserwerb scheitern wird, mag er auch bereits die verbücherungsfähigen Urkunden samt Aufsandungserklärung in Händen halten. Dass der Verfügende die Aufsandung und die dingliche Einigung einseitig widerrufen kann, macht den bücherlichen Erwerb demnach nicht gravierend anfälliger für Störungen; unter diesem Aspekt sollten sich demnach keine Zweifel an der hier entwickelten These ergeben.

3. Dass dem Erwerber die „nicht mehr entziehbare Rechtsposition" noch fehlt, wenngleich der Verfügende bereits die Aufsandung erklärt hat, dürfte tendenziell auch dem Standpunkt des OGH entsprechen. In einer Entscheidung des 9. Senats[521] hatte das Höchstgericht die Löschungsklage eines Schenkers gegen den bereits einverleibten Beschenkten zu beurteilen; dazu war die Gültigkeit der Liegenschaftsschenkung zu prüfen: Zwar enthielt die Schenkungsurkunde die Aufsandung, sie war jedoch nicht in der Form eines Notariatsaktes errichtet; ebenso wenig hatte der Schenker die Liegenschaft dem Beschenkten körperlich übergeben. Noch bevor der Beschenkte das Einverleibungsgesuch überreicht hatte, teilte ihm der Schenker mit, die Eigentumsübertragung unter Lebenden hätte nicht seinem tatsächlichen Wil-

521 OGH 9 Ob 149/04h in SZ 2005/12; RIS-Justiz RS0119710.

len entsprochen und die Schenkung wäre **mangels wirklicher Übergabe (§ 943 ABGB) nicht gültig** zustande gekommen. Nachdem in der Folge das Eigentum des Beschenkten einverleibt worden war, begehrte der Schenker die Löschung. Dagegen wendete der Beschenkte ein, die formunwirksame Schenkung sei durch die zwischenzeitig vollzogene grundbücherliche Eintragung nach § 1432 ABGB geheilt. Der OGH lehnte es ab, eine Erfüllung des formunwirksamen Verpflichtungsgeschäfts durch den Schenker anzunehmen, weil und wenn allein der Beschenkte ohne dessen Zutun die Einverleibung veranlasst hatte; dem von § 943 ABGB intendierten Übereilungsschutz sei nur dann Genüge getan, wenn der Schenker über den Abschluss des (formungültigen) Schenkungsvertrags hinaus weitere Akte setze, die ihm seinen Vermögensverlust ausreichend bewusst machten. Eine „wirkliche Übergabe" liege nur dann vor, wenn der Schenker neben dem Schenkungsvertrag noch einen anderen, von diesem verschiedenen und als Übergabe erkennbaren Akt setze, der nach außen in Erscheinung trete und dem Aufgabewillen des Schenkers Ausdruck verleihe. Die Beurteilung des OGH erscheint auch im Zusammenhang mit der Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung beim bücherlichen Erwerb relevant: Denn sowohl der formalisierte Modus beim grundbücherlichen Verkehr (Aufsandung) als auch das Erfordernis der wirklichen Übergabe (§ 943 ABGB) bezwecken, den Verfügenden/Schenkenden vor Übereilung zu schützen. Zwar ist einzuräumen, dass der Übereilungsschutz bei unentgeltlichen Geschäften wesentlich stärker ausgeprägt ist; deshalb ist Vorsicht geboten, wenn man die Aussagen des 9. Senats verallgemeinern will. Ein vom OGH ins Spiel gebrachter Gedanke scheint jedoch in seinem Kern generell – also auch abseits von unentgeltlichen Geschäften – Gültigkeit zu besitzen und vermag den zuvor hergeleiteten Standpunkt zu bestärken: Allein die erklärte Aufsandung verschafft dem Erwerber/Beschenkten noch keine „nicht mehr entziehbare Rechtsposition". Mangels gesicherter Rechtsposition darf er also auf den Rechtserwerb nicht vertrauen; der Aufsandungserklärung kommt daher keine bindende Kraft zu.

4. Es zeigt sich, dass sich die zuvor angestellten und aus allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre entwickelten Überlegungen zur dinglichen Einigung auf den Erwerb unbeweglicher Sachen übertragen lassen, wenngleich es dabei gilt, die im Grundbuchsrecht festgeschriebenen Besonderheiten des Modus zu berücksichtigen. Hat man diesen Kontrollblick ins Grundbuchsrecht absolviert, liegt darin ein durchaus stichhaltiger Beleg für die hier vertretene Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung.

5. Kontrollfrage 4: Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung und sachenrechtliches Traditionsprinzip

1. Geht man demnach von der Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung aus, folgen daraus konkrete Schlüsse dazu, wie der einseitig erklärte Eigentumsvor-

behalt zu beurteilen ist[522]. Zuvor ist allerdings noch zu untersuchen, ob die Widerrufbarkeit auch damit in Einklang steht, wie das der Übergabe zugrunde liegende sachenrechtliche Prinzip ausgestaltet ist. Um Eigentum zu übertragen, genügt es bekanntlich nicht allein, dass Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zustande kommen[523], sondern erforderlich ist ferner – wie ausgeführt[524] – sowohl in Österreich (§ 425 ABGB) wie auch in Deutschland (§ 929 Satz 1 BGB) ein reales Moment, nämlich die Übergabe (*Übergabe-* oder *Traditionsprinzip*); bei beweglichen Sachen versteht die herrschende Auffassung darunter die **Besitzverschaffung**[525]. Dies begründet man überwiegend mit dem Publizitäts- beziehungsweise **Offenkundigkeitsgedanken**[526], der dem Interesse des Verkehrs daran dient, dass Rechtsänderungen erkennbar sind: Da dingliche Rechte, insbesondere das Eigentumsrecht absolut wirken, müssten die Zuordnungsverhältnisse gerade bei ihrer Änderung für jedermann erkennbar, das heißt „publik gemacht" werden[527]; deshalb sei es notwendig, dass sich „die unsichtbaren Willensvorgänge und […] Rechtsübertragungen wahrnehmbar" vollziehen[528]. Damit die Rechtsübertragung oder Rechtsbegründung mit einem sinnfälligen Akt verknüpft ist, hat man die Übergabe zur Gültigkeitsvoraussetzung des dinglichen Rechtserwerbs erhoben[529].

2. Für den Erwerb vom Berechtigten hat man allerdings treffend diagnostiziert, dass das Traditionsprinzip und damit die Offenkundigkeit bloß mit einer gewissen Laxheit umgesetzt ist[530] und die **Offenkundigkeitsanforderungen verdünnt** sind[531]. Zum einen zeigt sich dies an der gesetzgeberischen Erlaubnis, die Übergabe im Wege des Besitzkonstituts zu vollziehen (§ 428 ABGB; § 930 BGB). Zum anderen ist der Publizitätsgedanke dadurch verwässert, dass lediglich ein einmaliger Übertragungsakt gefordert wird (der sogleich wieder rückgängig gemacht werden kann); anders als etwa für die Begründung und Aufrechterhaltung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen (Faustpfandprinzip; § 451 ABGB und §§ 1205 f BGB) braucht es also keine fortgesetzte (Nahe-)Beziehung zwischen der Sache und dem an ihr

522 Sogleich unten 2. Kapitel § 4; S 123 ff.
523 Vgl *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 5 Rz 42 (S 56). Zum Trennungsprinzip siehe auch schon oben 2. Kapitel § 3 A.I; S 60 ff.
524 Siehe oben 2. Kapitel § 1 B.I; S 19 bei und in FN 73.
525 Zur Definition des Übergabeaktes siehe die Nachweise oben S 86 FN 390.
526 *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 332 f; *Heck*, Sachenrecht 234 f; *Martinek*, AcP 188, 573 (576); *Wieling*, Sachenrecht[2] § 9 I.2.pr (S 297); *Wank/Kamanabrou*, JURA 2000, 154 (158); so auch die Materialien zum Ersten BGB-Entwurf (*Motive* BGB III 333).
527 *Martinek*, AcP 188, 573 (576) mit weiteren Hinweisen.
528 *Süß*, FS Wolff 141 (144).
529 *Baier*, RZ 1971, 127 (127).
530 *Medicus*, JURA 2001, 294 (295).
531 *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 333.

Berechtigten, die dafür sorgt, dass der Verkehr die Stellung des Berechtigten jederzeit erkennen kann[532].

Es ist nicht zu bestreiten, dass das positive Recht selbst das Übergabeerfordernis nur sehr abgeschwächt umsetzt. Darauf völlig zu verzichten[533], erscheint dennoch überzogen; allerdings wird man diese Laxheit nicht unberücksichtigt lassen dürfen, wenn man der ratio des Traditionsprinzips nachspürt. Es spricht deshalb viel dafür, seinen **Zweck** nicht (nur) darin zu sehen, das Verhältnis zwischen der Sache und einem an ihr dinglich Berechtigten für Dritte (also gegenüber dem Verkehr) offenkundig zu machen[534]; vielmehr liegt seine Stoßrichtung (ebenso) darin, die Rechtslage unter den Beteiligten selbst klarzustellen[535]. Es überzeugt daher durchaus, wenn man das Übergabeerfordernis nicht (allein) als Ausfluss des sachenrechtlichen Publizitätsprinzips deutet, sondern (auch) mit der Notwendigkeit begründet, den **Verfügungswillen zu bekräftigen**[536]. Dem Übergabeerfordernis dürfte demnach – ähnlich wie dem formalisierten grundbücherlichen Eintragungsverfahren[537] – wohl eher **Übereilungsschutz** als Zweck zugrunde liegen (mag dieser beim Mobiliarerwerb gegenüber dem Immobilienerwerb auch deutlich abgeschwächt sein). Eine derartige ratio des Traditionsprinzips ist den Materialien zum 2. BGB-Entwurf[538] sogar deutlich zu entnehmen: Danach liegt der wesentliche Zweck des durch die Übergabe hergestellten Besitzverhältnisses darin, „durch die Übergabe den ernstlichen Willen festzustellen, daß eine dingliche Einigung beabsichtigt sei."

3. Versteht man das Traditionsprinzip somit (auch) als Instrument, um den Verfügenden vor Übereilung zu schützen, fügt sich dies harmonisch mit der hier entwickelten[539] Auffassung zusammen: Der Verfügende kann die dingli-

532 Diesen Umstand streicht etwa *Kohler*, ArchBR 18, 1 (59), hervor.

533 So etwa *Süß*, FS Wolff 141 (164), der das Übergabeerfordernis als „atavistischen Ballast" bezeichnet, den es über Bord zu werfen gelte. Ähnlich beurteilt auch *Heck*, Sachenrecht 241, die Besitzänderung „als Rechtszeichen ziemlich wertlos" und stellt fest, die Verdrängung des Traditionsprinzips entspreche auch dem allgemeinen Vordringen der Privatautonomie im modernen Recht; er erachtet es daher für legitim, das Prävalieren der Parteiinteressen über den im Traditionsprinzip verwirklichten Offenkundigkeitsgedanken „legislativ anzuerkennen".

534 Dass dieser Zweck nur unbefriedigend verfolgt wird, zeigt sich daran, dass gewichtige Stimmen (*Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 51 Rz 44 [S 660]) es als wünschenswert erachten, den Erwerbsvorgang nach außen besser kenntlich zu machen.

535 Ausdrücklich anderer Auffassung aber etwa *Einsele*, JZ 1990, 1005 (1006 und 1014), sowie die Ausführungen bei *Kohler*, ArchBR 18, 1 (61), der einer solchen Sichtweise ebenfalls skeptisch gegenübersteht.

536 *Oechsler* in MünchKomm-BGB[9] § 929 Rz 3; in diesem Sinne auch schon *Randa*, Eigenthumsrecht[2] 269 mit weiteren Hinweisen; *Heck*, Sachenrecht 235; *Wellspacher*, Vertrauen 143 ff; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 26.

537 Vgl dazu eingehend oben 2. Kapitel § 3 B.IV.4; S 100 ff.

538 Protokolle III 197.

539 2. Kapitel § 3 B.III.2.c; S 89 ff.

che Einigung bis zur Übergabe (Besitzverschaffung) frei widerrufen, weil vor diesem Zeitpunkt ein schutzwürdiges Erwerbervertrauen fehlt; denn bis dahin kann der Veräußerer den Rechtserwerb seines Gegenübers einseitig vereiteln, indem er Zwischenverfügungen zugunsten Dritter vornimmt. Im Kern spiegelt sich in dieser Argumentation derselbe Gedanke wider, wie er eben als Zweck des Traditionsprinzips identifiziert wurde: Erst mit der Übergabe (Besitzverschaffung) verdichtet sich die dingliche Offerte des Verfügenden zu einem rechtsgeschäftlich relevanten Willen, an den er gebunden ist und von dem einseitig abzugehen er daher nicht mehr in der Lage sein soll. Davor hat er seinen Übertragungswillen nicht ausreichend bekräftigt, was darin zum Ausdruck kommt, dass es ihm die sachenrechtlichen Vorschriften ermöglichen, Zwischenverfügungen zugunsten Dritter wirksam vorzunehmen.

§ 4 Schlussfolgerungen und Würdigung

1. Der erste Hauptteil (2. Kapitel) brachte hervor, dass zwingende sachenrechtliche Grundsätze determinieren, in welchem Umfang der Erwerber auf die dingliche Einigung vertrauen darf: Auch nachdem die dingliche Einigung zustande gekommen ist, kann er auf Grund des Traditionsprinzips nicht damit rechnen, jedenfalls Eigentum übertragen zu bekommen, solange ihm der Veräußerer die Sache nicht übergeben hat. Da das positive Recht für den Eigentumserwerb ferner verlangt, dass der Veräußerer im Zeitpunkt der Übergabe verfügungsbefugt ist, kann der Veräußerer den Rechtserwerb des anderen Teils (durch Zwischenverfügungen) selbst dann vereiteln, wenn er die Sache übergibt. Deshalb darf der Erwerber ebenso wenig bei vollzogener Übergabe darauf vertrauen, tatsächlich Eigentum zu erwerben. Da also diesbezüglich kein schutzwürdiges Vertrauen des Erwerbers besteht, lässt sich nicht rechtfertigen, dass der **dinglichen Einigung** bindende Kraft zukommt; der Veräußerer kann sie daher **frei widerrufen**.

2. Ob der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt sachenrechtlich wirksam ist, hängt in erster Linie davon ab, ob der Vorbehaltsverkäufer die dingliche Einigung widerrufen kann. Ausgehend von den bisherigen Überlegungen gelangt man zu klaren Ergebnissen: Der Veräußerer kann die Einigung bis zur Übergabe widerrufen, selbst wenn sie unbedingt zustande gekommen ist, also nicht von der vollständigen Kaufpreiszahlung abhängt. Er kann daher bis zur Übergabe erklären, Eigentum nicht oder erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung zu übertragen. Die einseitige Vorbehaltserklärung des Verkäufers ist daher sachenrechtlich wirksam – gleich, ob sie vertragskonform (§ 1052 ABGB) ist oder nicht.

3. Der vorgestellte Ansatz trachtet danach, ein **harmonisches Verständnis** der beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt tangierten **Regelungsprinzipien** zugrunde zu legen. Die tragenden Grundsätze des Schuldrechts und des Sachenrechts werden dabei so angewandt, dass sie möglichst reibungsfrei ineinandergreifen: Auf der einen Seite stehen die Prinzipien der Privatautonomie und der Vertragstreue, auf der anderen die beiden Erfordernisse des derivativen Rechtserwerbs, das Traditionsprinzip und die Verfügungsberechtigung. Diese schuld- und sachenrechtlichen Regelungsprinzipien stehen keineswegs in einem Verhältnis von Über- und Unterordnung; ebenso wenig

muss man sie gegeneinander abwägen[540]. Vielmehr ist die Reichweite der Vertragstreue a priori auf jene Situationen eingeschränkt, in denen ein von der Rechtsordnung geschütztes Vertrauen des anderen Teils (= des Erklärungsempfängers) vorhanden ist. Verknüpft man die so verstandene und eingegrenzte Vertragstreue mit den sachenrechtlichen Grundsätzen der Eigentumsübertragung, zeigt sich, dass keine Prinzipienkollision vorliegt: Dass der Veräußerer die dingliche Einigung widerrufen kann, ist dann meines Erachtens bereits unmittelbar vorgegeben, wenn man das Prinzip der Vertragstreue in seiner Reichweite präzise anwendet; es bedarf keiner (gesondert zu begründenden) Prinzipiendurchbrechung.

4. Schlägt man den damit aufgezeigten dogmatischen Weg ein, bringt das noch einen weiteren Vorteil mit sich: Auf diese Weise lässt sich der – mittlerweile nur schwer überblickbare – Schauplatz weiträumig umwandern, auf dem das österreichische Schrifttum die Kontroverse zur dinglichen Einigung austrägt. Denn wie oben[541] dargestellt, betrachtet man es als Angelpunkt für die Wirksamkeit der einseitigen Vorbehaltserklärung, zu welchem **Zeitpunkt die dingliche Einigung zustandekommt**[542]: Nach der einen Auffassung fällt dieser Zeitpunkt regelmäßig mit dem Verpflichtungsgeschäft (Grundgeschäft) zusammen, sodass bei Fehlen einer Vorbehaltsabrede im Verpflichtungsgeschäft die dingliche Einigung unbedingt zustandekommt; der Verkäufer kann sie nicht widerrufen, ihre Wirksamkeit hängt nur noch vom Realakt der Übergabe ab. Die Gegenansicht nimmt an, die dingliche Einigung liege nicht schon im Verpflichtungsgeschäft, sondern könne – wofür mehrere Gründe ins Treffen geführt werden – in der Regel erst bei Übergabe zustande kommen. Für jeden der beiden Standpunkte hat man eine Fülle an wohl überlegten Argumenten vorgetragen, sodass meines Erachtens beide Lösungen vertretbar, ja wahrscheinlich sogar gleichermaßen gut begründet erscheinen. Eine abschließende, versöhnende Mittellösung[543] zur Frage der sachenrechtlichen Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts ist daher nicht mehr zu erwarten, solange man das Ergebnis vom Zeitpunkt der dinglichen Einigung abhängig macht. Für den hier entwickelten Ansatz ist nicht mehr bedeutsam, in welchem Zeitpunkt die dingliche Einigung zustande

540 Während *Rechtsregeln* entweder anzuwenden oder nicht anzuwenden sind, handelt es sich bei Rechtsprinzipien um Normen, die gebieten, dass ihr Ziel in einem (relativ zu den rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten) in möglichst hohen Maße realisiert wird (*Optimierungsgebote*; *Alexy*, Grundrechte[9] 75 ff). Prinzipien sind demnach einer Abwägung zugänglich, sodass sie je nach den Umständen mehr oder weniger verwirklicht sind. Dazu grundlegend auch *Dworkin*, Bürgerrechte 54 ff, ferner *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 25 ff mit weiteren Hinweisen.

541 2. Kapitel § 1 A.I.1; S 11 ff.

542 So auch *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt 37; ebenfalls in diesem Sinne *B. Jud*, ecolex 1998, 683 (685 bei FN 27).

543 Zur methodischen Relevanz von „Mittellösungen“ eingehend *F. Bydlinski*, AcP 204, 309, der die „Suche nach der Mitte als Daueraufgabe des Privatrechts“ ansieht.

kommt. Der Meinungsstreit, der dazu bisher energisch geführt wurde und der die Diskussion zum einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt stets geprägt hat, ließe sich beiseiteschieben.

5. Verlässt man den traditionellen Lösungsweg nicht, kommt eine Schwierigkeit hinzu, die bislang nicht explizit adressiert wurde. Vertreter beider Ansichten stellen hinsichtlich des relevanten Zeitpunkts nämlich durchwegs bloß eine **Zweifelsregel** auf; im konkreten Fall – so wird auf beiden Seiten eingeräumt – könne es auf Grund der Umstände, also auf Grund der konkreten Parteienvereinbarung durchaus zu abweichenden Ergebnissen kommen[544]. Das wird vor allem in der Praxis der Rechtsanwendung spürbar als Nachteil zu Buche schlagen. Nimmt man tatsächlich bloß eine Zweifelsregel an, ist eine stark einzelfallbezogene Beurteilung der sachenrechtlichen Wirkung von Vorbehaltserklärungen in der Praxis nicht zu vermeiden. Damit geht erhebliche **Rechtsunsicherheit** einher, die der Rechtsanwender gerade im gegebenen Zusammenhang als besonders unangenehm empfinden wird: Zum einen, weil von dieser Rechtsfrage in erster Linie der schnelllebige und daher in besonderem Maße auf Rechtsklarheit angewiesene[545] unternehmerische Geschäftsverkehr betroffen ist. Zum anderen, weil bei Fragen der sachenrechtlichen Güterzuordnung das Bedürfnis des Verkehrs nach Klarheit der Rechtslage generell als sehr hoch anzusetzen ist; auch derartige gesteigerte Anforderungen rein „technischer“ Natur haben Gewicht, wenn verschiedene rechtliche Lösungsmöglichkeiten gegeneinander abzuwägen sind[546].

Die hier vorgestellte Lösung hat nicht zuletzt den Vorzug, dass sie geeignet ist, auch diesen Nachteil zu beseitigen, der in den Bedürfnissen der Rechtspraxis angesiedelt ist: Definiert man den Inhalt der dinglichen Einigung ausgehend von den zwingenden sachenrechtlichen Grundsätzen, kann sie der Veräußerer einseitig widerrufen; bei Beurteilung des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts führt dies in der Praxis zu vorhersehbaren Ergebnissen.

544 Siehe etwa *F. Bydlinski*, FS Larenz 1027 (1035); *derselbe* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 375 und 476, sowie wortgleich OGH 3 Ob 43/86 in ÖBA 1987, 51 mit Anmerkung *Iro*: Die dingliche Einigung werde „in aller Regel“ bzw „regelmäßig“ nicht erst bei Übergabe geschlossen. Ebenso wollen sich *Bollenberger* (Zahlungsunfähigkeit 70 f) und *Iro* (Sachenrecht[6] Rz 6/40) beim Zeitpunkt der dinglichen Einigung nur für den „Regelfall“ festlegen. In diesem Sinn streicht auch *Baier* (ÖJZ 1973, 200 [200]) heraus, der Grundsatz der Privatautonomie ermögliche es den Parteien, den Verfügungszeitpunkt selbst zu bestimmen.

545 Zu diesem Grundprinzip des Handels- und Unternehmensrechts siehe etwa *Straube/Ratka* in Straube/Ratka/Rauter, UGB[4] Einf Rz 16 f.

546 *F. Bydlinski*, AcP 204, 309 (331).

3. Kapitel

Wirkung in der Insolvenz

https://doi.org/10.33196/9783704674425-103

§ 1 Problemstellung und gesetzliche Regelung

A. Ausgangslage und Eingrenzung der Fragestellung

1. Nach den bisherigen Überlegungen ist der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt sachenrechtlich wirksam. Das **Eigentum verbleibt** beim Verkäufer; dies gilt unabhängig davon, ob der Verkäufer zur Leistung Zug um Zug verpflichtet ist, ob ihm die Unsicherheitseinrede nach § 1052 Satz 2 ABGB zusteht, oder ob er vorleistungspflichtig ist. Allerdings ist damit die eigentliche Gretchenfrage, die bei sämtlichen Formen von Kreditsicherheiten gleichermaßen auftaucht, noch nicht beantwortet: Welche Position kommt dem Gläubiger (Verkäufer) in der Insolvenz des Schuldners (Käufers) zu? Hängt der Eigentumsübergang von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises ab, liegt nach herrschender Auffassung[547] ein **beidseitig nicht vollständig erfüllter Vertrag** im Sinne des Insolvenzrechts vor; der Insolvenzverwalter kann daher zwischen dem Vertragseintritt und der Erfüllungsablehnung („Rücktritt") wählen (§ 21 IO). Für die Stellung des Verkäufers ist daher zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden: (i) Der Vertrag bleibt nach der Insolvenz aufrecht (Vertragseintritt); (ii) der Insolvenzverwalter lehnt die Erfüllung ab (Rücktritt).

2. Die **Vertragsauflösung** wirft prima vista wenig Schwierigkeiten auf: Grundsätzlich ist der Vorbehaltsverkäufer in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers als Eigentümer zur **Aussonderung** des Vorbehaltsguts berechtigt[548] – und zwar sowohl wenn der Vorbehaltsverkäufer wegen Schuldnerverzugs zurücktritt (§ 918 ABGB), als auch wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung ablehnt (§ 21 Abs 1 IO)[549]. Beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt ist jedoch zu bedenken, dass dem Verkäufer kein Rücktrittsrecht zusteht. Im Normalfall – wenn Verkäufer und Käufer den Eigentumsvorbehalt im Titelgeschäft vereinbart haben – nimmt man an, dass für den Verzug mit der Kaufpreiszahlung ein Rücktrittsrecht des Verkäufers stillschweigend mitver-

547 Nachweise unten S 139 FN 590.

548 Nachweise oben S 5 FN 20.

549 Überzeugend zu dieser (keineswegs auf der Hand liegenden) Rechtsfolge *Riedler*, ÖJZ 2011, 904 (912). Im Ergebnis ebenso etwa *M. Huber*, NZI 1998, 97 (100). Siehe auch *Widhalm-Budak/Riel*, ZIK 2015, 202 (203).

einbart ist[550]. Fehlt es aber – wie in den hier interessierenden Konstellationen – an einem vereinbarten Eigentumsvorbehalt, ist diese Auslegung versperrt; ein konkludent in den Vertrag aufgenommenes Rücktrittsrecht des Verkäufers kommt nicht in Betracht. Ebenso wenig kann sich der Verkäufer auf ein gesetzliches Rücktrittsrecht stützen: Selbst wenn man § 918 ABGB beim Vorbehaltskauf grundsätzlich anwenden wollte[551], könnte der Verkäufer dieses Rücktrittsrecht nicht ausüben, weil er sich infolge des einseitig erklärten Vorbehalts in Leistungsverzug befindet. Eine Vertragsauflösung kommt daher nur in Betracht, wenn der Insolvenzverwalter den Rücktritt nach § 21 IO erklärt; dann kann der Verkäufer jedenfalls aussondern[552]. Diese Konstellationen interessieren im Rahmen der weiteren Überlegungen daher nicht weiter. Zum Schwur kommt es bloß, wenn der Insolvenzverwalter den Vertragseintritt erklärt.

3. Löst der Insolvenzverwalter den Vertrag nicht auf, liegen die Dinge weniger klar. Grundsätzlich bleibt der Vertrag von der Insolvenzeröffnung unberührt, er besteht mit seinem bisherigen Inhalt weiter. Bei **aufrechtem Vertrag** hat die Insolvenzmasse infolge der noch ausstehenden Eigentumsübertragung gegen den Verkäufer einen fälligen Anspruch auf **Übereignung**, während der Verkäufer gleichzeitig die offene **Kaufpreisforderung** gegen die Insolvenzmasse geltend machen kann. Die Insolvenz führt nun bekanntlich dazu, dass Gläubiger – wenn sie weder über eine insolvenzfeste Sicherheit verfügen (§ 48 IO), noch als Massegläubiger (§ 46 IO) zu behandeln sind – nur befriedigt werden, soweit die Erfüllung der Masseforderungen und der Ansprüche der Absonderungsberechtigten das Insolvenzvermögen nicht aufgezehrt hat, also nur im Ausmaß der **Insolvenzquote** (§ 50 IO). Damit erhebt sich aus Sicht des Verkäufers die Frage, ob er in dieser Konstellation seine Leistung (Übertragung des vor-/zurückbehaltenen Eigentums) verweigern oder zumindest von der vollständigen Gegenleistung (Kaufpreis) abhängig machen kann.

Dahinter steht ein Regelungsproblem, das weit mehr Situationen erfasst als bloß den hier angesprochenen einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt. Solche Rechtsfragen stellen sich stets, wenn ein Austauschverhältnis bei Insolvenzeröffnung noch nicht vollständig abgewickelt ist. Eine Lösung dafür zu entwickeln, wie der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt insolvenzrechtlich zu behandeln ist, heißt daher auch, all diese Konstellationen in derselben

550 *Ehrenzweig*, System² II/1, 412; *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 510; *Gschnitzer* in Klang, ABGB² IV/1, 455 f; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 131 f; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1063 Rz 53; *Spitzer/Told* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1063 Rz 84; OGH Plenissimarbeschluss in Judikat 246 alt.

551 So schon zur Rechtslage vor Aufhebung des Art 8 Nr 21 EVHGB: *P. Bydlinski*, RdW 1984, 98 (insbesondere 102); *derselbe*, JBl 1985, 16 (16 ff); *derselbe*, RdW 1998, 719 (720).

552 Unmittelbar zuvor FN 549.

Weise zu lösen. Die folgenden Überlegungen sind daher zunächst vom speziellen Sachverhalt des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts abgekoppelt und untersuchen die eben identifizierte Fragestellung in einem allgemeineren Kontext; im Fokus steht ganz generell das **Verhältnis zwischen dem Insolvenzschuldner und seinem Vertragspartner**. Dieser abstrahierende Zugang empfiehlt sich nicht zuletzt deshalb, weil er von vornherein systemkonforme Ergebnisse sicherstellt und es überflüssig macht, speziell zum Eigentumsvorbehalt entwickelte Lösungen nachträglich am Maßstab grundsätzlicher Bauprinzipien zu prüfen und allenfalls zu korrigieren. Zudem verspricht eine solcherart breit(er) angelegte Analyse zusätzlichen, über den eigentlichen Untersuchungsgegenstand hinausgehenden Erkenntnisgewinn.

4. Der Arbeitstitel steckt den Gegenstand der Untersuchung daher nicht exakt ab: Er ist teils zu eng, denn es geht um alle Situationen nicht vollständig erfüllter Austauschverhältnisse; teils ist er zu weit, weil aufgelöste Verträge außer Betracht bleiben. Und noch ein drittes Kriterium erlaubt es, den Fokus weiter einzuengen: Für die Position des Vertragspartners ist nämlich überdies entscheidend, ob er nur **Zug um Zug** gegen Erbringung der Gegenleistung erfüllen muss oder ob er – auf Grund konkreter Abrede (insbesondere beim Kreditkauf) oder spezieller gesetzlicher Anordnung – **vorleisten** muss. Damit kann man den Blick schon beim Einstieg in die insolvenzrechtliche Problematik auf den entscheidenden Bildausschnitt lenken.

B. Normalfall: Zug-um-Zug-Leistungspflicht des Vertragspartners

1. Hat der Vertragspartner lediglich Zug um Zug zu leisten, kann er die Erfüllung trotz Fälligkeit verweigern, bis sein Gegenüber die Gegenleistung obligationsgemäß erbracht hat oder zumindest dazu bereit ist. Dem Vertragspartner steht somit eine Einrede zu, die ihm ein Druckmittel[553], vor allem aber ein **Sicherungsmittel**[554] zur Hand gibt. Dies gilt nicht nur für Tausch- (§ 1052 Satz 1 ABGB) und Kaufverträge (§ 1062 ABGB), sondern mangels gegenteiliger Vereinbarung[555] und entgegenstehender gesetzlicher Bestim-

553 Anschaulich in diesem Zusammenhang etwa *Ehrenzweig*, System² II/1, 200: „Die Verweigerung der Gegenleistung soll […] auf den Willen des Gegners einen Druck ausüben“) und *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 68 („indirektes Zwangsmittel auf Durchsetzung des Gegenanspruchs, das meist viel wirksamer ist als die Leistungsklage, weil es sofort durchschlägt“). Siehe ferner etwa *Fulterer*, ÖJZ 1952, 399 (399 f), sowie bereits *Schenck*, Retentionsrecht 268 ff (insbesondere 270 f), der dies sogar als den primären Zweck ansieht.

554 Statt aller etwa *Kodek*, Einrede 60; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹·⁰⁸ § 1052 Rz 5; *Emmerich* in MünchKomm-BGB⁹ § 320 Rz 1; *Schwarze* in Staudinger, BGB (2021) § 320 Rz 3; *Häsemeyer*, KTS 1973, 2 (3).

555 Im Zweifel sind gegenseitige Verträge nach herrschender Auffassung Zug um Zug zu erfüllen. Siehe nur *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 68; *Mayrhofer*, Schuld-

mungen[556] für alle synallagmatischen Verträge[557]. Daraus leitet man – gleichsam im Umkehrschluss – ab, das **Risiko der Kreditierung** habe nur zu tragen, wer es vertraglich auf sich genommen hat[558].

2. Hilfreich ist ein solches Leistungsverweigerungsrecht naturgemäß für den Vertragspartner eines zahlungsunfähigen Schuldners. Ist der Schuldner nicht mehr in der Lage, die Gegenleistung vollständig zu erfüllen, muss der Vertragspartner seine noch ausstehende Leistung ebenso wenig erbringen. Ob die Einrede des § 1052 Satz 1 ABGB **insolvenzfest** ist, ob sie der Vertragspartner also auch nach Insolvenzeröffnung erheben kann, wird allerdings nicht einheitlich beantwortet: Nach heute wohl überwiegender[559] Auffassung[560] muss der Vertragspartner bei Leistungspflicht Zug um Zug in der

verhältnisse Allgemeine Lehren[3] 176 und 354; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1052 Rz 1; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.08] § 1052 Rz 13; OGH 7 Ob 115/68 in JBl 1970, 200; 7 Ob 260/99g in ÖBA 2000/891; 8 Ob 74/67 in SZ 40/44; RIS-Justiz RS0020066.

556 Dieser Grundsatz ist für zahlreiche Vertragsverhältnisse, insbesondere für Dauerschuldverhältnisse teilweise relativiert. Vgl zum Bestandvertrag etwa *Riss*, Erhaltungspflicht 225 ff mit weiteren Hinweisen, sowie *denselben* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.02] § 1100 Rz 3; zum Arbeitsvertrag *F. Bydlinski*, FS Steinwenter 140 (149). Daneben bestehen freilich auch in zahlreichen Zielschuldverhältnissen gesetzlich angeordnete Vorleistungssituationen; darauf und auf die in diesen Fällen regelmäßig vorgesehenen gesetzlichen Privilegierungen des Vorleistungspflichtigen wird noch zurückzukommen sein (unten 3. Kapitel § 3 C.II.2; S 164 ff).

557 *Geller*, ZBl 1, 8 (32); *von Bonnott* in Stubenrauch, Commentar[8] II 468 f; *F. Bydlinski*, FS Steinwenter 140 (141); *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1052 Rz 1; *Apathy/Perner* in KBB, ABGB[7] § 1052 Rz 1; *Spitzer/Kodek* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1052 Rz 12 und Rz 23 ff; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.08] § 1052 Rz 6; *Kodek*, Einrede 72 je mit weiteren Hinweisen. Dafür spricht insbesondere § 6 Abs 1 Z 6 KSchG, der das Recht des Verbrauchers, seine Leistung nach § 1052 ABGB bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung zu verweigern, besonders schützt (siehe *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 164).

558 *Apathy/Perner* in KBB, ABGB[7] § 1052 Rz 1.

559 Anders allerdings *Schoditsch*, ZIK 2010, 93 (95).

560 *Kepplinger*, Synallagma 114 FN 552, 115 ff und 123; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 8 ff; *Riss*, ÖBA 2008, 18 (24 f); *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.08] § 1052 Rz 15; *Perner* in KLS, IO[2] § 21 Rz 3. Ferner bereits *Brachmann*, Rechtsgeschäfte 22 und 28 f, und *Oetker*, ZZP 14, 1 (11 und 15). *Iro*, RdW 1985, 101 (101), begründet dieses Ergebnis mit einem Größenschluss aus § 21 Abs 3 IO, der die Möglichkeit der Unsicherheitseinrede ausdrücklich auch für den Insolvenzfall vorsieht, sodass „zwingend" auch ein Rekurs auf § 1052 Satz 1 ABGB zuzulassen sei. Implizit wohl auch *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 170: § 21 IO bezwecke allein, die Interessen der Masse zu schützen; daraus sei abzuleiten, dass dem Vertragspartner auch ohne die Regelung des § 21 IO die Zug-um-Zug-Einrede nach § 1052 Satz 1 ABGB zustehe (diese Argumentation findet sich auch bei *Kepplinger*, Synallagma 115). Nicht eindeutig *Bartsch/Pollak*, KO[3] § 21 Anm 1. Die Insolvenzfestigkeit dieser Einrede nach der deutschen Parallelregelung (§ 320 BGB) bejahend *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 51 Rz 54; *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3]

Insolvenz seines Schuldners nur erfüllen, wenn er die Gegenleistung aus der Insolvenzmasse ungekürzt und nicht bloß quotal erhält. Verweigert der Vertragspartner seine Leistung unter Rekurs auf die Einrede nach § 1052 Satz 1 ABGB, weil der Schuldner noch nicht vollständig geleistet hat, liegt ein **auf beiden Seiten nicht vollständig erfüllter Vertrag** vor. Dieser Umstand löst bei Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Schuldners besondere Rechtsfolgen aus. § 21 Abs 1 IO räumt dem Insolvenzverwalter für diesen Fall ein **Wahlrecht** ein: Haben weder Schuldner noch Vertragspartner den gegenseitigen[561] Vertrag vollständig erfüllt, kann der Insolvenzverwalter entweder in den Vertrag eintreten oder den Rücktritt erklären[562]. Entscheidet sich der Insolvenzverwalter für den Rücktritt, führt dies zur **Aufhebung des Vertrages**; allerdings wirkt diese Aufhebung nach ständiger Rechtsprechung[563] und dem überwiegenden Teil der Lehre[564] nicht ex tunc, sondern bloß ex nunc: Nur die noch ausstehende Erfüllung unterbleibt[565]; der unbe-

Rz 2.15 ff und 2.76; umfangreiche Nachweise zum ebenfalls nicht einheitlichen Meinungsstand in Deutschland bei *Marotzke*, aaO Rz 2.8 FN 10.

561 In diesem Sinn ist der Gesetzeswortlaut, der von „zweiseitigen" Verträgen spricht, zu verstehen (*Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 278; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 21 KO Rz 3; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 33; *Perner* in KLS, IO[2] § 21 Rz 9; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht[4] Rz 294; OGH 7 Ob 2097/96z [Gesellschaftsvertrag] in ecolex 1996, 756; siehe auch bereits *Petersen/Kleinfeller*, KO[3] 67 zu § 15 dKO 1877). Vgl nunmehr auch den Wortlaut von § 103 Abs 1 InsO (dazu näher unten 3. Kapitel § 2 B.I; S 151), der die insofern überholte Terminologie der Vorgängerbestimmung (§ 17 dKO: „zweiseitiger Vertrag") an das heutige Begriffsverständnis angepasst hat (siehe nur *Balthasar* in Nerlich/Römermann, InsO § 103 Rz 1).

562 Zum Erklärungswert von Handlungen des Insolvenzverwalters oder Schuldners anschaulich *Widhalm-Budak/Riel*, ZIK 2014, 202 (203 ff).

563 OGH 4 Ob 583/80 in SZ 54/168; 1 Ob 710/87 in SZ 61/31 = wbl 1988, 203 mit Anmerkung *Wilhelm*; 4 Ob 541/88 in SZ 61/170; 6 Ob 606/94 in EvBl 1995/79 = ÖBA 1995, 483; 8 Ob 45/09i in bbl 2010, 74/57 = ecolex 2010, 248/84 mit Anmerkung *Friedl*.

564 *Brachmann*, Rechtsgeschäfte 40; *Schwarz*, Concursrecht I 82; *Lehmann*, KO 151; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 170; *Wegan*, Insolvenzrecht 32; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 279; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 291 ff; *dieselbe*, ZIK 2010, 45 (45); *Wilhelm*, RdW 1986, 363. Für den deutschen Rechtsbereich siehe etwa *Häsemeyer*, KTS 1973, 2 (8), und explizit § 21 dKO 1877 sowie die Materialien hierzu (*Motive* KO 86 ff = *Hahn*, Materialien 102 ff, wo konsequent mit dem Schutz von Verkehrsinteressen argumentiert wird). Nicht eindeutig wohl *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht[4] Rz 302: Es „entfällt die Pflicht beider Teile zur (jedenfalls: weiteren) Erfüllung des Vertrages."

565 OGH 4 Ob 583/80 in SZ 54/168 = EvBl 1982/52; 4 Ob 541/88 in SZ 61/170; RIS-Justiz RS0064453. Gegen die Auffassung, der Rücktritt nach § 21 IO wirke auch schuldrechtlich bloß *ex nunc*, hat man im Schrifttum mehrfach Stellung bezogen. Allen voran haben *F. Bydlinski* (in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 541 f FN 517) und ihm folgend *Iro* (RdW 1985, 101 [105]) vorgebracht, die Rücktrittserklärung des Insolvenzverwalters beseitige – wie auch sonst – den Vertrag und führe zu gegenseitigen

friedigte Erfüllungsanspruch des Vertragspartners wandelt sich in einen verschuldensunabhängigen und auf Geld gerichteten Schadenersatzanspruch[566], der nach herrschender Auffassung auch den entgangenen Gewinn umfasst[567]

Rückstellungsansprüchen, sie wirke also schuldrechtlich zurück (siehe ferner *H. Böhm*, wobl 1999, 109 [112 f]; *derselbe*, immolex 1998, 270 [276]; *Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 4; *derselbe*, wobl 2002, 281 (282); *Reidinger/Mock* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 918 Rz 97; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 21 Rz 24; *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren[3] 465; *Fenyves*, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis 355; *Pitkowitz*, ÖJZ 1990, 677 [679]; *Perner* in KLS, IO[2] § 21 Rz 45). Die Streitfrage ist hier nicht weiter zu vertiefen – vor allem deswegen, weil sie oftmals zu keinen wirtschaftlichen Unterschieden im Ergebnis führt (siehe die anschaulichen Beispiele bei *Fischer-Czermak*, FS Konecny 125 [128 f]). Anzumerken ist lediglich, dass der Standpunkt der Rechtsprechung zwar das Wortlautargument gegen sich hat; meines Erachtens lassen sich jedoch durchaus gute Gründe für eine ex nunc-Wirkung ins Treffen führen (siehe insbesondere *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 106 in FN 29, sowie *Riss*, ÖBA 2008, 18 [24 in FN 68], die auf Argumente des deutschen Schrifttums zur historischen und teleologischen Auslegung der deutschen Parallelbestimmung hinweisen [§ 17 dKO; § 103 InsO]). Mit Aufhebung der Ausgleichsordnung (Art 10 IRÄG 2010; BGBl I 2010/29) verliert zudem das von *Iro* (aaO 105) vorgebrachte Argument an Gewicht, das auf § 20b AO und die ausdrücklich auf *F. Bydlinskis* Auffassung (aaO) verweisenden Gesetzesmaterialien gründet (ErläutRV 3 BlgNR 15. GP 35). Für den Standpunkt der überwiegenden Auffassung sprechen zudem die unten (S 213) entwickelten Überlegungen zum Schutz überindividueller Verkehrsinteressen. Ohne in diesem Punkt abschließend Stellung beziehen zu wollen, liegt den folgenden Überlegungen – wegen der hohen praktischen Relevanz der hier untersuchten Konstellation – die Position der Rechtsprechung (ex nunc-Wirkung des Rücktritts) zugrunde.

566 Auch die Rechtsnatur dieses „Schadenersatzanspruchs“ ist – vor allem im deutschen Schrifttum – heftig umstritten: Dazu wird vertreten, dass es sich entweder um einen bürgerlich-rechtlichen (*Gerland*, KVJS 46, 29 [47 f]; *Pape* in Kölner Schrift[3] Kap 13 Rz 31 FN 115 [S 353]) oder um einen speziell insolvenzrechtlichen Schadenersatzanspruch (*Jaeger/Henckel*, KO[9] § 17 Rz 171 mit weiteren Nachweisen; siehe auch *Rintelen*, ZHR 1908, 147 [156 FN 9]) handelt; andere qualifizieren ihn als einen unmittelbar aus dem Insolvenzrecht hergeleiteten Ausgleichsanspruch (*Welser/Graff*, GesRZ 1984, 121 [126]) oder als den umgewandelten und gekürzten Primäranspruch des Vertragspartners (*Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO[2] § 103 Rz 34 und Rz 241; so wohl auch *Marotzke* in HK-InsO[11] § 103 Rz 97 f). Im Ergebnis erscheint es für die hier anzustellenden Überlegungen allerdings ohne Belang, wie man den Schadenersatzanspruch dogmatisch charakterisiert (*Jaeger/Henckel*, aaO; dazu auch unten S 213 FN 900).

567 *Brachmann*, Rechtsgeschäfte 35 und 38; *Oetker*, JZ 1911, 445 (448); *Lehmann*, KO 150; *Wilhelm*, RdW 1986, 363 (364); *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 279; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 21 KO Rz 25; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 324; *Kepplinger*, Synallagma 259 f. Wurzeln dürfte diese Auffassung in den Materialien zur deutschen Konkursordnung 1877 beziehungsweise in der Rechtslage nach der Preußischen Konkursordnung und im ALR (§ 21 PrKO iVm I. Theil 5. Titel § 381 ALR); vgl *Brachmann*, aaO 35 und 39; allerdings beruht dies wohl auf einer Fehlinterpretation der KO-Motive (vgl *Mo-*

und als Insolvenzforderung geltend zu machen ist (§ 21 Abs 2 IO)[568]. Treffender und vorzuziehen ist es aus diesem Grund, nicht von Rücktritt zu sprechen, sondern vom Recht des Insolvenzverwalters, die weitere Erfüllung abzulehnen[569]. Entscheidet sich der Insolvenzverwalter hingegen für **Ver-**

tive KO 94 = *Hahn*, Materialien 108). Gegen den Ersatz des entgangenen Gewinns meines Erachtens im Ergebnis zutreffend *Rathauscher*, Bestandrechte 145 f; siehe dazu die unten (S 214 FN 902) dargelegten Bedenken gegen die herrschende Auffassung. Offenlassend *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 53.

568 Dies geht schon aus dem Wortlaut des § 21 Abs 2 IO hervor (argumento: „als Insolvenzgläubiger") und entspricht herrschender Auffassung (*Lehmann*, KO 151; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 21 KO Rz 25; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 286; *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 47). Ebenso die einhellige Auffassung zum Ersatzanspruch bei Kündigung des Insolvenzverwalters nach § 23 IO (*Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 276; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 23 KO Rz 18; *Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 66; OGH 5 Ob 304/79 in SZ 49/109 = EvBl 1977/90 = MietSlg 28.711).

569 So auch überwiegend das deutsche Schrifttum: *Marotzke*, Gegenseitige Verträge³ Rz 3.51; *Wegener* in Uhlenbruck, InsO¹⁵ § 103 Rz 96; auch bereits *Rintelen*, ZHR 1908, 147 (156 FN 9 [„Nichteintritt"] sowie 157 ff). Zu weit geht es meines Erachtens hingegen, mit dieser Formulierung auch ausdrücken zu wollen, die entsprechende Erklärung des Insolvenzverwalters gestalte das Vertragsverhältnis gar nicht um, sondern wirke lediglich deklaratorisch, indem es bei dem mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbundenen Erlöschen der Erfüllungsansprüche bleiben soll (zur sogenannten *Erlöschenstheorie* unten S 195 bei und in FN 830 mit weiteren Nachweisen). Ein solches Verständnis ist zwar bei zahlreichen Autoren zur deutschen Rechtslage anzutreffen (*Jaeger/Henckel*, KO⁹ § 17 Rz 115 und Rz 149 ff; *Marotzke,* Anwartschaftsrecht 76 ff; *derselbe*, Gegenseitige Verträge³ Rz 3.48 ff [insbesondere Rz 3.56 f]; *Wegener* aaO; dagegen etwa *Huber* in MünchKomm-InsO⁴ § 103 Rz 8 und Rz 18 ff und *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO² Vor §§ 103–109 Rz 25 ff mit zahlreichen Hinweisen); auf das österreichische Recht ist dieser Standpunkt meines Erachtens jedoch nicht zu übertragen, zumal hier – anders als in Deutschland – nicht davon ausgegangen wird, dass die Insolvenzeröffnung per se zu einem Erlöschen der Erfüllungsansprüche führt. Diese Sichtweise harmoniert meines Erachtens überdies mit dem unstrittigen Erfordernis der *Kündigung* von Bestandverhältnissen durch den Insolvenzverwalter (siehe nur *Denkschrift* KO 27: „Es bleibt bei der Regel, daß das Bestandverhältnis [mangels Kündigung] aufrecht bleibt"; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 23 KO Rz 1 und Rz 10; *Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 58 f; eingehend auch schon *Brachmann*, Rechtsgeschäfte 47 f). Das Beendigungsrecht nach § 23 IO ist dem Recht zur Erfüllungsablehnung nach § 21 Abs 1 IO verwandt beziehungsweise nachgebildet (*Gamerith,* aaO Rz 1; *Oberhammer,* aaO Rz 1; *Riss* in KLS, IO² § 23 IO Rz 3) und beruht ebenso wie jenes auf der Erweiterung der „rechtlichen Bewegungsfreiheit" des Insolvenzverwalters zum Zweck der optimalen Masseverwertung und Gläubigerbefriedigung (dazu eingehend S 223 f); es wäre daher nicht einsichtig, dass in einem Fall (§ 21 IO) schon die Insolvenzeröffnung an sich in den Vertrag eingreift, im anderen Fall (§ 23 IO) aber erforderlich ist, dass der Insolvenzverwalter die Auflösung erklärt. Im Ergebnis ist daher (im Gegensatz zu der in Deutschland stark vertretenen Ansicht)

tragseintritt[570], hat der Vertragspartner seine Leistung zu erbringen und die Verpflichtung des Schuldners wird zur Masseschuld (§ 46 Z 4 IO)[571].

Bei dieser Sichtweise – wenn man also das Leistungsverweigerungsrecht nach § 1052 Satz 1 ABGB als insolvenzfest ansieht – dient § 21 IO lediglich den **Interessen der Insolvenzmasse** und der Gesamtheit der Gläubiger, nicht aber den Interessen des Vertragspartners: Die Bestimmung bezweckt dann ausschließlich, dem Insolvenzverwalter „rechtliche Bewegungsfreiheit" zu gewähren, damit er die Insolvenzmasse bestmöglich verwalten und verwerten kann und eine optimale Gläubigerbefriedigung erreicht[572]. Im noch nicht vollständig abgewickelten Geschäft kann eine Erwerbschance liegen, die der Insolvenzverwalter realisieren kann; dazu wird ihm ausnahmsweise erlaubt, einen Gläubiger (den Vertragspartner) nicht bloß quotal zu befriedigen, sondern ihm die vom Schuldner zugesagte Gegenleistung ungeschmälert zu erbringen (§ 46 Z 4 IO). Wird der Vertragspartner voll befriedigt, ist dessen insolvenzfeste Zug-um-Zug-Einrede (§ 1052 Satz 1 ABGB) überwunden und der Weg frei, um die von ihm noch zu erbringende Leistung in die Insolvenzmasse zu ziehen[573].

3. Verbreitet ist aber auch die Ansicht, die Insolvenzmasse hätte schon dann **gehörig erfüllt** im Sinne von § 1052 Satz 1 ABGB, wenn der Vertragspartner die Gegenleistung im Umfang der **Insolvenzquote** erhält[574]. Hängt man dieser Auffassung an, darf der Vertragspartner seine Leistung daher nicht unter

daran festzuhalten, dass der Insolvenzverwalter, der nach § 21 Abs 1 IO die Erfüllungsablehnung erklärt, sehr wohl rechtsgestaltend auf das Vertragsverhältnis wirkt.

570 Wenn hier von einem „Vertragseintritt" des Insolvenzverwalters die Rede ist (vgl auch den Wortlaut von § 24 IO), so meint dies nicht, dass der Insolvenzverwalter „persönlich" als (neuer) Vertragspartner eintritt; vielmehr tritt er in seiner Funktion als Insolvenzorgan mit Wirkung für den Schuldner beziehungsweise die Insolvenzmasse ein (*Konecny*, FS Krejci II 1809 [1816 f]; ebenso speziell zum § 24 KO/IO schon *Rathauscher*, Bestandrechte 100).

571 *Lehmann*, KO 148; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 21 KO Rz 20; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 348 ff; *Perner* in KLS, IO[2] § 21 Rz 34. Ebenso die deutsche Rechtslage (§ 55 Abs 1 Nr 2 InsO).

572 Statt aller nur *Rintelen*, Konkursrecht 403; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 170; *Henckel*, FS Weber 237 (241); *derselbe*, FS Lüke 237 (254); *Kepplinger*, Synallagma 107 ff (insbesondere 137 f). Allgemein zu diesem zentralen Ziel des Insolvenzverfahrens näher unten S 195 ff samt Nachweisen. Mit abweichender Deutung zuletzt aber *Perner* in KLS, IO[2] § 21 Rz 4: § 21 IO bezwecke, Ordnung in das durch Insolvenz gestörte Synallagma hineinzubringen, indem er ein pragmatisches und den Verhältnissen in der Insolvenz Rechnung tragendes Wahlrecht einräumt. Dass die Masse durch die Rücktrittsmöglichkeit und der andere Teil durch Gewährung einer Masseforderung nach Eintritt sowie durch einen verschuldensunabhängigen Schadenersatz bei Rücktritt geschützt werden, sei bloße Reflexwirkung, aber nicht der primäre Zweck.

573 *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] Rz 2.15; *Koziol*, ÖBA 1998, 745 (752 f); *Riss*, ÖBA 2008, 18 (25); *Kepplinger*, Synallagma 117 f.

574 *Welser/Graff*, GesRZ 1984, 121 (124); *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insol-

Rekurs auf § 1052 Satz 1 ABGB verweigern, wenn der Insolvenzverwalter die Gegenleistung bloß quotal erbringt. Dennoch ist der Vertragspartner, der eine Zug-um-Zug-Verbindlichkeit auf sich genommen hat, auch bei dieser Sichtweise nicht schutzlos. Ihm wird das Insolvenzrisiko zwar nicht durch § 1052 Satz 1 ABGB, aber dafür durch die insolvenzrechtlichen Bestimmungen abgenommen[575]: Verlangt der Insolvenzverwalter vom Vertragspartner die Erfüllung der ausstehenden Leistung (§ 21 IO), wird dessen Anspruch auf die Gegenleistung zur Masseforderung (§ 46 Z 4 IO). § 21 IO schützt nach dieser Ansicht also nicht allein die Interessen der Insolvenzmasse und der Gesamtheit der Gläubiger[576], sondern auch die **Interessen des konkreten Vertragspartners**[577]; er soll nicht gezwungen sein, voll an die Masse zu leisten, während er selbst nur quotal befriedigt wird[578].

4. Die besseren Gründe sprechen meines Erachtens für die erstgenannte Auffassung, die die Einrede nach § 1052 Satz 1 ABGB als insolvenzfest ansieht[579]. Dafür lässt sich insbesondere der Wortlaut von § 21 Abs 1 IO ins Treffen führen: Der Insolvenzverwalter kann den Vertrag „an Stelle des Schuldners" erfüllen und muss demnach die Einreden gegen sich gelten lassen, die der Vertragspartner gegen den Schuldner geltend machen konnte[580]. Zudem verbleibt dem Vertragspartner nach herrschender Auffassung[581] auch nach Insolvenzeröffnung das Rücktrittsrecht wegen Schuldnerverzugs (§ 918 ABGB); die mit dem IRÄG 2010 eingefügte Auflösungssperre (§ 25a Abs 1 Z 2 IO) suspendiert dieses Recht lediglich für sechs Monate, beseitigt es aber

venzrecht I⁴ § 21 KO Rz 2; so im Ergebnis wohl auch *Lehmann*, KO 140, und *Schoditsch*, ZIK 2010, 93 (95).

575 So wohl *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO² § 103 Rz 6.

576 So etwa *Kepplinger*, Synallagma 117.

577 In diesem Sinne *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 248 FN 36; ferner *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO² § 103 Rz 7.

578 So bereits OGH 1 Ob 308/29 in JBl 1929, 418; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 21 KO Rz 2; bloß referierend, ohne abschließende Stellungnahme *Bollenberger*, ÖBA 1994, 825 (828).

579 So im Ergebnis in anderem Zusammenhang bereits auch *Riss*, ÖBA 2008, 18 (25).

580 *Kepplinger*, Synallagma 115.

581 So schon explizit § 22 CO 1868 (die Vorgängerbestimmung des heutigen § 21 IO; abgedruckt etwa bei *Kepplinger*, Synallagma 13 f FN 40). Siehe ferner nur *Schwarz*, Concursrecht I 81; *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 513; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 172; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1063 Rz 54; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 21 KO Rz 28; *Schubert* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 18, 19 KO Rz 46; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 240 und Rz 287; *Konecny*, FS Krejci II 1809 (1818 betreffend bei Insolvenzeröffnung bereits eingetretene materiellrechtliche Verzugsfolgen); *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 249 FN 38 und 355; *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 39.

nicht[582]. Angesichts dieser Rücktrittsmöglichkeit sollte der Vertragspartner kraft Größenschlusses – argumento a maiori ad minus – daher meines Erachtens umso mehr berechtigt sein, die eigene Leistung zurückzuhalten (statt das Vertragsverhältnis durch Rücktritt aufzulösen). Eine solche Lösung (Insolvenzfestigkeit der Einrede nach § 1052 Satz 1 ABGB) dürfte überdies dem Standpunkt der Gesetzesverfasser[583] der deutschen Konkursordnung 1877 entsprochen haben. Bedeutsam ist dies – abgesehen von der generellen Beachtlichkeit rechtsvergleichender Argumente[584] – deswegen, weil die deutsche Konkursordnung 1877 (= Reichskonkursordnung) sowie die österreichische Konkurs-/Insolvenzordnung über gemeinsame Wurzeln in der preußischen Konkursordnung verfügen[585]; „in den wesentlichen Punkten [ergibt sich daher] eine Übereinstimmung“[586].

5. Ist der Vertragspartner zur Leistung Zug um Zug verpflichtet und hat er seine Leistung noch nicht vollständig erbracht, genießt er in der Insolvenz seines Schuldners **jedenfalls** eine **gesicherte Position**[587]: Unabhängig davon, welcher der beiden zuvor dargestellten Ansichten man sich anschließt, muss der Vertragspartner die ausstehende Leistung nur erbringen, sofern der Insolvenzverwalter in den Vertrag eintritt (§ 21 IO) und dadurch die von der Insolvenzmasse geschuldete Gegenleistung zur Masseforderung erhebt (§ 46 Z 4 IO). Die ungekürzte Gegenleistung an den Vertragspartner braucht es

582 Und zwar dann, wenn der Rücktritt wegen Verzugs mit Forderungen, die *vor* Insolvenzeröffnung fällig geworden sind, geltend gemacht wird und dadurch die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens gefährdet werden könnte. Für den Rücktritt wegen Verzugs bei Forderungen, die *nach* Insolvenzeröffnung fällig werden, ergibt sich schon nach dem Gesetzeswortlaut keine Einschränkung. Näher dazu etwa *Riedler*, ÖJZ 2011, 904 (921 f); vgl auch *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 23 (28).

583 Dort (*Motive* KO 69 = *Hahn*, Materialien KO 88) wird ausgeführt, verlange der Insolvenzverwalter die Erfüllung, „so muß er natürlich seinerseits die von dem (Gemein-)Schuldner noch rückständige Leistung vollständig vornehmen. In dieses nach allen Rechtssystemen begründete Recht des [Vertragspartners], die von ihm geforderte Erfüllung seiner Leistungen abzulehnen, wenn ihm nicht die Gegenleistung gewährt wird, soll selbstverständlich nicht eingegriffen werden.“ Der Insolvenzverwalter habe die Leistung gleich dem (Gemein-)Schuldner zu bewirken; danach richte es sich, ob Leistung und Gegenleistung Zug um Zug erfolgen müssten oder ob auf einer Seite eine Vorleistungspflicht bestehe.

584 Dazu allgemein *F. Bydlinski*, Methodenlehre[2] 386 und 461 f, sowie *Stoll*, FS Bydlinski 429 ff.

585 Zur historischen Entwicklung siehe etwa die Darstellung bei *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 214 ff.

586 *Denkschrift* KO 1.

587 Relativiert wird die Sicherung des Vertragspartners bloß durch § 21 Abs 4 IO: Ist eine teilbare Leistung bereits teilweise erbracht worden, kann der Vertragspartner die dieser (bereits erbrachten) Teilleistung entsprechende Gegenleistung lediglich als eine quotal zu befriedigende Insolvenzforderung geltend machen (*Perner* in KLS, IO[2] § 21 Rz 31).

nach dem Gesetzeswortlaut stets dann, wenn dieser seine Leistung bei Insolvenzeröffnung noch nicht (vollständig) erbracht hat und daher ein **beidseitig nicht vollständig erfüllter Vertrag** im Sinne des § 21 IO vorliegt.

Austauschverhältnisse mit Zug-um-Zug-Leistungspflicht sind für den Vertragspartner demnach kaum problematisch. Ein einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt ist in solchen Konstellationen selten anzutreffen: Denn der Verkäufer ist ohnehin berechtigt, bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung die gesamte Leistung zurückzuhalten; er gelangt somit nicht in die Situation, die Sache übergeben zu müssen und dabei das Eigentum zurückzubehalten. Denkbar wäre ein einseitig erklärter Vorbehalt lediglich, wenn der Verkäufer **freiwillig vorleistet** (Übergabe ohne Kaufpreiszahlung). Dazu ist zwar strittig, ob der Käufer Eigentum erwirbt oder ob der Verkäufer den Eigentumsübergang nur verhindern kann, indem er den Vorbehalt erklärt[588]. Jedenfalls aber bleibt es trotz freiwilliger Vorleistung nach herrschender Auffassung[589] bei der Zug-um-Zug-Leistungspflicht (sofern nicht konkludent eine Kreditvereinbarung zustandekommt). Der Verkäufer befindet sich dann entsprechend den zuvor dargestellten Regeln wiederum in einer gesicherten Position: Es liegt ein beidseitig nicht vollständig erfüllter Vertrag im Sinne von § 21 IO vor[590]. Als Vertragspartner muss der Verkäufer die noch ausstehende Leistung (Eigentumsübertragung) nur erfüllen, sofern der Insolvenzverwalter in den Vertrag eintritt und dadurch die von der Insolvenzmasse geschuldete Leistung zur Masseforderung erhebt (§ 46 Z 4 IO). Diese unproblematischen Fälle bleiben in den folgenden Betrachtungen somit ebenfalls ausgeklammert.

588 Dagegen *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 377; *derselbe*, JBl 1977, 332 (332 ff); *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1063 Rz 9 und Rz 30; wohl auch *Hoyer*, wbl 1995, 181 (183). Dafür *Spielbüchler*, JBl 1977, 296 (300 ff); *derselbe*, JBl 1978, 109 (109).

589 *Ehrenzweig*, System[2] II/1, 410; *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 359 ff; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1063 Rz 1; *Apathy/Perner* in KBB, ABGB[7] § 1063 Rz 1. Anderer Ansicht *Barta*, FS Herdlitczka 11 (insbesondere 18 f).

590 *Motive* KO 68 = *Hahn*, Materialien KO 87; *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 493 und 512 f; *Bartsch/Pollak*, KO[3] 226; *Mayrhofer*, ÖJZ 1969, 197 (201); *Iro*, RdW 1989, 294 (294); *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 21 KO Rz 11; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 186; *Spitzer/Told* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1063 Rz 81; *Kepplinger*, Synallagma 320; *dieselbe*, ZIK 2000, 110 (112 f); *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 82; *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt 12 FN 53 und 111 ff; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 169 (für analoge Anwendbarkeit); *Widhalm-Budak/Riel*, ZAK 2014, 202 (202 ff); RIS-Justiz RS0024955 und RS0109020; offen lassend aber OGH 8 Ob 48/88 in wbl 1989, 194 = ÖBA 1989, 918 mit Anmerkung *Paul Doralt*. Ferner *Jaeger/Henckel*, KO[9] § 17 Rz 56; *Petersen/Kleinfeller*, KO[3] 68 f; *Kuhn*, WM 1972, 206 (212); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 20.12 und Rz 20.29; *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 59 Rz 15 (S 836); *Marotzke*, JZ 1995, 803 (811); *M. Huber*, FS Musielak 267 (273); *Schoneweg*, Eigentumsvorbehalt 50. Zum deutschen Meinungsstand siehe auch unten S 216 f.

C. Problemfall: Vorleistungspflicht des Vertragspartners

I. Unsicherheitseinrede

Ist der Vertragspartner – auf Grund Vereinbarung oder kraft Gesetzes – vorleistungspflichtig, ist seine Situation weniger unbeschwert. Hat er noch nicht vollständig geleistet und nimmt ihn sein Schuldner auf Leistung in Anspruch, kann er in diesem Fall keine **Zug-um-Zug-Einrede erheben**; vielmehr schuldet er die Leistung unabhängig davon, ob sein Schuldner die Gegenleistung erbringt oder zu erbringen bereit ist[591]. Nur wenn die Gegenleistung wegen schlechter Vermögensverhältnisse gefährdet erscheint, kann der Vertragspartner die eigene Leistung trotz Vorleistungspflicht verweigern – und zwar solange, bis sein Schuldner Sicherstellung leistet oder die Gegenleistung erbracht hat (§ 1052 Satz 2 ABGB)[592]. Diese **Unsicherheitseinrede** steht dem Vertragspartner zwar auch nach Insolvenzeröffnung zu (§ 21 Abs 3 IO). Allerdings muss der vorleistungspflichtige Vertragspartner beweisen, dass die Erfüllung der Gegenleistung gefährdet ist[593] (sofern das Insolvenzverfahren nicht ohnehin schon eröffnet wurde[594]), und die schlechten Vermögensverhältnisse des Schuldners dürfen ihm trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt nicht bekannt gewesen sein[595]. Unter solchen Umständen darf der Vertragspartner die eigene Leistung verweigern wie bei Vorliegen einer Zug-um-Zug-Leistungspflicht[596]; das führt zu entsprechenden Ergebnissen: Wiederum genießt er jedenfalls eine gesicherte Position. Er muss seine ausstehende Leistung (Eigentumsübertragung) nur erbringen, sofern der Insolvenzverwalter in den Vertrag eintritt (§ 21 Abs 1 IO) und dadurch die von der Insolvenz-

591 Statt aller siehe etwa nur *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren[3] 356 und 360.

592 Das Zurückbehaltungsrecht des Vorleistungspflichtigen wurde durch § 115 der III. Teilnovelle ins ABGB eingefügt. Seine Wurzeln liegen auch im französischen Recht; dazu *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 98 ff; *Regelsberger*, JherJB 40, 451 (453 ff zum römischen Recht und 469 ff zum gemeinen Recht).

593 *Apathy/Perner* in KBB, ABGB[7] § 1052 Rz 4; OGH 7 Ob 536/91 in ecolex 1991, 798.

594 *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 106 FN 26; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1052 Rz 53; *Spitzer/Kodek* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1052 Rz 86; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 21 KO Rz 32; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 362; *Perner* in KLS, IO[2] § 21 Rz 38. Anders jedoch *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren[3] 362.

595 *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1052 Rz 46; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.08] § 1052 Rz 33. Abweichend *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 34 ff, der darauf abstellt, ob der Kreditnehmer (= Vorleistungsberechtigte) annehmen durfte, dass dem Kreditgeber (= Vorleistungspflichtigen) die schlechte Vermögenslage bei Vertragsabschluss bekannt war.

596 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 229 ff; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1052 Rz 51; *Apathy*, JBl 1982, 561 (573 FN 102); *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt 164; *Holzner*, JBl 2010, 674 (677).

masse geschuldete Gegenleistung (Kaufpreis) zur Masseforderung erhebt (§ 46 Z 4 IO).

Damit lässt sich der Kreis der kritischen Fälle weiter eingrenzen: In der Folge interessieren nur Konstellationen, in denen der Vertragspartner bei Begründung seiner Vorleistungspflicht die **schlechten Vermögensverhältnisse kannte oder kennen musste**.

II. Keine Unsicherheitseinrede

1. Steht dem Vertragspartner weder eine Einrede nach § 1052 Satz 1 ABGB noch nach Satz 2 zu, bleibt er zur Vorleistung verpflichtet. Besonders schmerzt dies naturgemäß, wenn bei seinem Schuldner der wirtschaftliche Zusammenbruch droht[597]: Sein Schuldner kann die noch ausstehende Leistung vom Vertragspartner einfordern, muss aber die (volle) **Gegenleistung** weder Zug um Zug anbieten[598] noch sicherstellen, sondern erst bei Fälligkeit erbringen. Wird zwischenzeitig das Insolvenzverfahren eröffnet, ist der Vertragspartner Insolvenzgläubiger und erlangt Befriedigung bloß im Ausmaß der **Insolvenzquote**. Selbst wenn die Gegenleistung vor Insolvenzeröffnung fällig ist, kann der Vertragspartner zwar die ungekürzte Gegenleistung verlangen, doch wird sein Schuldner regelmäßig nicht mehr über ausreichende Mittel dafür verfügen und in Verzug geraten; dem Vertragspartner bleibt dann meist nur übrig, die Gegenleistung als Insolvenzforderung anzumelden. Sollte sein Schuldner die Gegenleistung dennoch vor Insolvenzeröffnung voll an den Vertragspartner erbringen, muss dieser als ungesicherter Gläubiger damit rechnen, dass der Insolvenzverwalter die Erfüllung anficht (§§ 27 ff IO)[599] und er die empfangene Gegenleistung an die Insolvenzmasse zurückleisten muss (§ 39 Abs 1 IO); seine dadurch wiederauflebende Forderung kann der Vertragspartner nur als Insolvenzforderung anmelden (§ 40 Abs 2 Fall 2 IO)[600]. Der Vertragspartner mit Vorleistungspflicht befindet sich somit in einer wirtschaftlich betrachtet unerfreulichen Situation.

---

597 In diesem Sinn schon *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 106.

598 Siehe etwa nur *Oetker*, ZZP 14, 1 (11 f).

599 In Betracht kommt hier vor allem eine Anfechtung der Deckung (Sicherstellung oder Befriedigung) des Vertragspartner wegen Begünstigung (§ 30 Abs 1 Z 1 IO: inkongruente Deckung) oder wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 Abs 1 Z 2 Fall 1 IO).

600 Nach § 41 Abs 1 und Abs 2 Fall 1 IO kann der Anfechtungsgegner (= Vertragspartner) die von ihm erbrachte Leistung auch ungekürzt zurückverlangen, wenn die Leistung noch unterscheidbar vorhanden ist (als besondere Form eines Aussonderungsanspruchs; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 16.9) oder die Insolvenzmasse um ihren Wert bereichert ist (als Masseforderung nach § 46 Z 6 IO). Ob der Anfechtungsgegner (= Vertragspartner) diese ungekürzten Rückforderungsansprüche oder lediglich die nach Rückstellung der Gegenleistung wiederauflebende ursprüngliche Forderung als Insolvenzforderung geltend machen kann, hängt davon ab, auf welche Rechtshandlung die Anfechtung durch den Insolvenzverwalter zielt: Wird die Erfüllung durch

2. Ist die Insolvenz seines Schuldners für den Vertragspartner absehbar, wird er deshalb danach trachten, entweder seiner Leistungspflicht zu entkommen oder sie zumindest davon abhängig zu machen, dass er die volle Gegenleistung erhält. Ein Weg, dies zu erreichen, könnte darin bestehen, dass sich der Vertragspartner faktisch weigert, die bereits **fällige Leistung** zu erbringen. Mit dem **faktischen Nichterbringen** der Leistung (Verzug) sorgt der Vertragspartner nämlich dafür, dass der Vertrag bei Insolvenzeröffnung von beiden Seiten **noch nicht erfüllt** ist, was den Tatbestand von § 21 Abs 1 IO verwirklicht. Dies kann der Vertragspartner erreichen, indem er die Sache nicht übergibt; ebenso aber etwa, indem er bei Übergabe erklärt, sich das **Eigentum vorzubehalten**[601], sofern man diese einseitige Erklärung – wie hier vertreten[602] – als sachenrechtlich wirksam beurteilt. Will der Insolvenzverwalter in diesen Konstellationen die vom Vertragspartner geschuldete Leistung zur Masse ziehen, müsste er daher nach § 21 IO **in den Vertrag eintreten** und dadurch den Anspruch des Vertragspartners auf die **Gegenleistung** nach dem Wortlaut des § 46 Z 4 IO zur **Masseforderung** erheben. Das damit erzielte wirtschaftliche Ergebnis überrascht: Solange der Vertragspartner seine Leistung nicht erbringt, ist er – selbst wenn er die Vorleistungspflicht in Kenntnis oder bei Kennenmüssen der schlechten Vermögensverhältnisse übernommen hat – im Wesentlichen[603] genauso gestellt wie ein

den Schuldner als solche angefochten, steht dem Anfechtungsgegner (= Vertragspartner) als Gegenrecht nach § 41 IO bloß die Gegenforderung als Insolvenzforderung zu (Abs 2 Fall 2). Wenn sowohl durch das Grundgeschäft als auch durch dessen Erfüllung ein Anfechtungstatbestand verwirklicht ist, wird der Insolvenzverwalter daher nur die Erfüllung anfechten, um einer Minderung der Insolvenzmasse durch den besonderen Aussonderungsanspruch beziehungsweise durch eine Masseforderung aus dem Weg zu gehen (dazu im Einzelnen *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 16.23 f; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 41 KO Rz 1).

601 Ein wirksamer Eigentumsvorbehalt verwirklicht nach herrschender Auffassung den Tatbestand des beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrages im Sinne des § 21 Abs 1 IO; Nachweise oben S 139 FN 590.

602 Siehe insbesondere oben 2. Kapitel § 4; S 123 ff.

603 Ein Unterschied gegenüber der Situation des zur Zug-um-Zug-Leistung verpflichteten Vertragspartners verbleibt allerdings und besteht darin, dass der Vorleistungspflichtige seine Leistung bei Fälligkeit zu erbringen hat und nicht von der Erfüllung der – erst später fällig werdenden – Masseforderung abhängig machen kann; er trägt damit immer noch das Risiko, dass die Insolvenzmasse nicht zur vollen Befriedigung sämtlicher Masseforderungen ausreicht (*Kepplinger*, Synallagma 123 FN 584; vgl auch die Materialien zur deutschen Konkursordnung 1877: Motive KO 69 = *Hahn*, Materialien 88, und dazu näher unten 3. Kapitel § 2 B.I; S 151 f). In diesem Sinne auch *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 107, wenn er herausstreicht, dass sich das Risiko bei fahrlässiger Begründung einer Vorleistungspflicht (die den Wegfall der Unsicherheitseinrede nach § 1052 Satz 2 ABGB nach sich zieht), nur dann realisiert, wenn nicht einmal sämtliche Masseforderungen befriedigt werden können. Allerdings bleibt dem Vertragspartner bei Verzug mit der Erfüllung von Masseforderungen die Möglichkeit des Rücktritts nach § 918 ABGB (*Widhalm-Budak*, IRÄG 2010, 23 [28]).

Vertragspartner, der bloß eine Leistungspflicht Zug um Zug eingegangen ist. Indem er die Leistung faktisch verweigert, erreicht der Vertragspartner sozusagen eine **„mittelbare Sicherung“**[604]: Zwar muss er seine Leistung an die Masse erbringen, im Gegensatz zu den anderen (ungesicherten) Insolvenzgläubigern wird er mit seinem Anspruch auf die Gegenleistung aber nicht bloß quotal, sondern als Massegläubiger befriedigt.

3. Indem der Vertragspartner also faktisch seine Leistung an den Schuldner verweigert – etwa indem er sich bei Übergabe einseitig das Eigentum vorbehält –, manövriert er sich in die Position als Massegläubiger. Wendet man den Gesetzeswortlaut strikt an, scheint dieses Ergebnis vorgegeben[605]. Dennoch erweckt es Unbehagen, dass damit der Vertragspartner bei Leistungspflicht Zug-um-Zug und bei Vorleistungspflicht de facto wirtschaftlich – das heißt mit Blick auf das Insolvenzrisiko – gleichgestellt ist. Ein beidseitig nicht erfüllter Vertrag (§ 21 Abs 1 IO) mit den geschilderten Konsequenzen, also mit mittelbarer Sicherung des vorleistungspflichtigen Vertragspartners, liegt im Übrigen ebenso vor, wenn seine Leistung erst nach Insolvenzeröffnung fällig ist und er sie deswegen bei Insolvenzeröffnung noch nicht erbracht hat: Zwar kann der Vertragspartner in diesem Fall bei Insolvenzeröffnung seine **Leistung noch nicht verweigert** haben; somit scheint ein einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt kaum denkbar[606]. Allerdings zeichnen sich derartige Situationen gleichermaßen durch das Schlüsselmoment der Vorleistungspflicht aus. Im Folgenden werden solche Konstellationen (Fälligkeit nach Insolvenzeröffnung) daher mitbehandelt. Will man Klarheit darüber erlangen, in welcher insolvenzrechtlichen Position sich der Verkäufer beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt befindet, ist es demnach unumgänglich, sich der Frage zu widmen, wie ein Abgehen vom Zug-um-Zug-Prinzip (Vorleistungspflicht) einerseits und die insolvenzrechtlichen Bestimmungen der §§ 21 und 46 IO andererseits zusammenspielen.

604 *Schoditsch*, ZIK 2010, 93 (94).

605 Dies gestehen insbesondere *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 108, und *Schoditsch*, ZIK 2010, 93 (95) zu.

606 Denkbar ist aber, dass der Verkäufer vor Fälligkeit vorleistet und dabei einseitig den Vorbehalt erklärt; oben S 139.

§ 2 Meinungsstand

A. Österreich

I. Vorherrschende Ansicht

Heute herrscht in Österreich eine Auffassung vor, die auf eine Kommentierung von *Lehmann*[607] **aus dem Jahr 1916** zurückgehen dürfte[608]: Für die Anwendbarkeit von § 21 IO sei gleichgültig, aus welchem Grund der Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Vertragspartner noch nicht vollständig erfüllt ist. *Lehmann* hat damit – nota bene – auch Konstellationen vor Augen, in denen der Vertragspartner den Vertrag bereits erfüllt haben sollte (fällige Vorleistungspflicht), aber faktisch noch nicht erfüllt hat; das belegt sein Hinweis, § 21 IO sei ebenso anzuwenden, wenn der Schuldner vor der Insolvenzeröffnung bereits auf Erfüllung geklagt habe[609]. *Lehmanns* Standpunkt findet sich – zumeist unter Hinweis auf seine Ausführungen – in zahlreichen Kommentierungen zu § 21 IO[610] sowie im sonstigen Schrifttum[611] wieder.

607 KO 143 bei FN 11.

608 Mit diesem Befund auch *Schoditsch*, ZIK 2010, 93 (94).

609 Daraus kann wohl zweierlei geschlossen werden: Zum einen möchte *Lehmann* § 21 IO ebenso anwenden, wenn die Gegenforderung des Schuldners bereits vor Insolvenzeröffnung fällig ist. Zum anderen soll § 21 IO auch anzuwenden sein, wenn der Vertragspartner seine Vorleistungspflicht in vorwerfbarem Irrtum über die schlechten Vermögensverhältnisse des Schuldners begründet hat und er daher keine Unsicherheitseinrede (§ 1052 Satz 2 ABGB, § 21 Abs 3 IO) erheben kann.

610 *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 21 KO Rz 9; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 181. Siehe etwa auch *Bartsch/Pollak*, AO[3] § 20a Anm 7–15.

611 *Wimmer*, ÖJZ 1980, 449 (461); *Dellinger*, Geschäftsführerhaftung 56 bei und in FN 16 sowie 202; *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 111; *Kepplinger*, Synallagma 31 bei FN 137, die allerdings (aaO 30) offenbar die Problematik der faktischen Leistungsverweigerung wohl übersieht, wenn sie dem Vertragspartner im Hinblick auf die (hier angesprochenen) Vorteile des § 21 IO zwar den Ratschlag erteilt, vor der Insolvenz des Schuldners nur teilweise zu erfüllen, gleichzeitig aber zu bedenken gibt, die Befolgung dieses Rates werde ihm nicht immer möglich sein, zumal er (als Konsument) häufig auf Geschäftsbedingungen stößt, die ihm eine Vorleistungspflicht auferlegen. Die bloße Vereinbarung einer Vorleistungspflicht ist per se allerdings – wie oben ge-

Der Gegenansicht begegnet man nur vereinzelt[612]: Danach soll die Stellung des Vertragspartners als Massegläubiger davon abhängen, dass ihm die Einrede nach § 1052 ABGB beziehungsweise nach § 21 Abs 3 IO zusteht, im Ergebnis also davon, dass dem Vertragspartner die schlechten Vermögensverhältnisse des Schuldners ohne Verschulden unbekannt waren, als er die Vorleistungspflicht begründet hat. Bis vor einiger Zeit war jedoch keine dieser beiden Auffassungen mit einem soliden dogmatischen Fundament begründet.

II. Bollenbergers Begründung

1. Soweit überblickbar war es *Bollenberger*[613], der für das österreichische Recht erstmals eingehend untersucht hat, wie in der Insolvenz mit dem Verzug des vorleistungspflichtigen Vertragspartners umzugehen ist. Nach dem ersten Augenschein meldet *Bollenberger* ebenfalls Zweifel an dem Ergebnis an, das der Gesetzeswortlaut vorgibt; diesen Bedenken geht er in der Folge mit dem methodischen Stethoskop auf den Grund: Zunächst prüft er, ob man § 21 IO teleologisch reduzieren müsse, sodass die Bestimmung nicht anzuwenden sei, wenn sich der Vertragspartner in Verzug befinde und deswegen der Tatbestand (beidseitig noch nicht vollständig erfüllter Vertrag) erfüllt sei; dies komme jedoch nicht in Betracht[614], weil damit auch das Wahlrecht des Insolvenzverwalters bei Verzug des Vertragspartners beseitigt wäre. Eine **teleologische Reduktion** sei deshalb nur mit Blick auf die Rechtsfolge des **§ 46 Z 4 IO** in Betracht zu ziehen. Dazu sei zwischen zwei Fallgruppen zu differenzieren: (1) Die Leistung des Vertragspartners wird nach Insolvenzeröffnung fällig und (2) seine Leistung ist bereits vor Insolvenzeröffnung fällig geworden und er befindet sich daher bei Insolvenzeröffnung schon in Verzug. In beiden Fällen gelangt *Bollenberger* dann aber – um es vorwegzunehmen – zum gleichen Ergebnis: Es sei **gerechtfertigt**, den vorleistungspflichtigen Vertragspartner mit seinem Anspruch auf die Gegenleistung als **Massegläubiger** zu behandeln.

2. Ist die Leistung des vorleistungspflichtigen Vertragspartners erst **nach Insolvenzeröffnung fällig** (Fall 1), sei es aus folgendem Grund gerechtfertigt, die Masse zur ungekürzten Gegenleistung zu verpflichten: Die ausstehende

zeigt (3. Kapitel § 1 C.II; S 141 ff) – gerade *nicht* geeignet, die vollständige Erfüllung im Sinne von § 21 IO herbeizuführen und damit dem Vertragspartner die Privilegierung als Massegläubiger (§ 46 Z 4 IO) zu verwehren.

612 *Gschnitzer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil 57. So offenbar auch *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 250 unter Hinweis auf *Jaeger/Henckel*, KO[9] § 17 Rz 6, wo das Erfordernis der Unsicherheitseinrede aber nicht explizit genannt wird (siehe dazu näher unten S 153 bei und in FN 638). Siehe allerdings auch *dieselbe*, aaO 251, wo die Behandlung des Vertragspartners als Insolvenzgläubiger hingegen davon abhängig gemacht wird, dass er durch Vorleistungen (tatsächlich) Kredit gewährt hat.

613 Zahlungsunfähigkeit 108 ff.

614 Zahlungsunfähigkeit 109 FN 42.

Vorleistung des Vertragspartners gehöre bei Insolvenzeröffnung noch nicht zum Vermögen des Schuldners, sie sei somit nicht Teil der Masse; den Insolvenzgläubigern stehe daher nicht der Wert des Vorleistungsgegenstandes, sondern lediglich – im Wege der Aufrechterhaltung des Vertrages (Eintritt des Insolvenzverwalters nach § 21 IO) – der wirtschaftliche Vorteil aus dem Geschäft mit dem Vertragspartner zu. Eben dieser Vorteil, den der Vertrag für den Schuldner und damit für die Insolvenzmasse darstelle, bestehe jedoch nicht in einer gegenleistungslosen Vorleistung. Deshalb könne die Masse auch vom vorleistungspflichtigen Vertragspartner Leistung nur begehren, wenn sie seinen Anspruch auf die Gegenleistung als Masseforderung erfüllt.

3. Ist die Leistung des vorleistungspflichtigen Vertragspartners **vor Insolvenzeröffnung fällig** (Fall 2), hänge die Lösung davon ab, welchen Sinn man dem Gesetz unterstelle: Mit der herrschenden Auffassung[615] geht *Bollenberger* davon aus, das Insolvenzrecht – konkret: § 21 und § 46 Z 4 IO – wolle verhindern, dass der Vertragspartner nach Insolvenzeröffnung zwar voll an die Masse leisten müsse, aber gleichzeitig nur eine gekürzte Gegenleistung erhalte, obwohl er außerhalb der Insolvenz durch die Einreden nach § 1052 ABGB gesichert wäre. Entscheidend soll demnach sein, unter welchen Umständen dem Vertragspartner eine Einrede nach § 1052 ABGB zusteht; in diesen Konstellationen sei es gerechtfertigt, ihm eine Masseforderung zuzubilligen.

(i) Unproblematisch zu bejahen sei ein Leistungsverweigerungsrecht des Vertragspartners, wenn er seine **Vorleistungspflicht außerhalb der Krise begründet** hat, der Vorleistungstermin aber in die Krise fällt. Denn hier konnte der vorleistungspflichtige Vertragspartner die schlechten Vermögensverhältnisse nicht vorhersehen (§ 1052 Satz 2 ABGB). (ii) Hat der Vertragspartner seine Vorleistungspflicht zu einem Zeitpunkt begründet, als der nachleistungspflichtige Schuldner **bereits insolvenzreif** war, könne der vorleistungspflichtige Vertragspartner nach *Bollenberger*[616] seine Leistung gleichermaßen verweigern. Unter diesen Umständen hätte der Schuldner über seine Insolvenzreife aufzuklären gehabt; habe er nicht aufgeklärt, komme dem vorleistungspflichtigen Vertragspartner immer – also auch bei vorwerfbarem Irrtum über die schlechten Vermögensverhältnisse – ein Leistungsverweigerungsrecht zu. (iii) Schließlich blieben jene Situationen, in denen der Vertragspartner die **Vorleistungspflicht vor der Krise begründet** hat und sie auch vor der Krise fällig ist; die Vermögensverschlechterung trete also ein, nachdem der vorleistungspflichtige Vertragspartner bereits in Verzug sei. Auch hier ist der Vorleistungspflichtige nach *Bollenberger* berechtigt, seine Leistung zurückzuhalten.

615 *Bartsch/Pollak*, KO^3 I § 21 Anm 1 (S 121); *Welser/Graff*, GesRZ 1984, 121 (124); *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 278; *Marotzke*, Gegenseitige Verträge^3 Rz 2.6 ff. Siehe auch bereits *Langheineken*, Anspruch und Einrede 336.

616 Zahlungsunfähigkeit 39.

4. *Bollenbergers* Fazit: Der vorleistungspflichtige Vertragspartner verfüge ab dem der Insolvenz vorausgehenden Vermögensverfall **jedenfalls** – wann auch immer er nach der Vereinbarung vorleisten hätte müssen – über ein **Leistungsverweigerungsrecht** (§ 1052 ABGB); somit bleibe er in der Insolvenz seines Schuldners gesichert, solange er seine Leistung nicht tatsächlich aus der Hand gegeben habe. Das rechtfertige es, bei Vertragseintritt des Insolvenzverwalters (§ 21 IO) die Forderung eines vorleistungspflichtigen Vertragspartners jedenfalls zur **Masseforderung** (§ 46 Z 4 IO) zu erheben. Im Ergebnis schließt sich *Bollenberger* damit der herrschenden und am Gesetzeswortlaut orientierten Auffassung an.

III. Ablehnender Ansatz von Schoditsch

1. Gegen den Standpunkt der herrschenden Auffassung hat zuletzt *Schoditsch*[617] beachtliche Argumente vorgebracht. Auch nach *Schoditsch* will § 21 IO nur solche **Vertragspartner schützen**, die **außerhalb der Insolvenz durch § 1052 ABGB gesichert** wären, die also die Zug-um-Zug-Einrede oder die Unsicherheitseinrede erheben könnten. Daraus folge im Umkehrschluss: Nach seinem Schutzzweck erfasse § 21 IO jene Vertragspartner nicht, die sich außerhalb der Insolvenz nicht auf § 1052 ABGB stützen könnten. Soweit der Gesetzeswortlaut auch diesen ungesicherten, aber nicht schutzwürdigen Vertragspartnern eine Masseforderung (§ 46 Z 4 IO) gewähre, widerspreche der Wortlaut des Gesetzes seinem Zweck. Auf die Überlegungen *Bollenbergers*[618] geht *Schoditsch* zwar nicht im Detail ein. Gegen eine Masseforderung des vorleistungspflichtigen Vertragspartners führt er aber das zusätzliche Argument ins Treffen, dass sich der Vertragspartner bei vertragskonformem Verhalten (Leistung bei Fälligkeit) nicht auf § 21 IO stützen könnte: Hätte der Vertragspartner nämlich – wie vertraglich zugesagt – bereits bei Fälligkeit und damit vor Insolvenzeröffnung geleistet, läge kein beidseitig unerfüllter Vertrag vor, der Tatbestand von § 21 IO wäre demnach nicht verwirklicht. Bei **rechtskonformem Verhalten** könnte der Vertragspartner seine Forderung daher jedenfalls **nur als Insolvenzforderung** anmelden. Dieser Vergleich zeige, dass sich der vorleistungspflichtige Vertragspartner nicht auf § 21 IO berufen dürfe, könnte er doch sonst aus eigenem Unrecht einen Vorteil ziehen, was dem Grundsatz *turpitudinem suam allegans nemo audi(a)tur* widerspräche[619]. Hinzu komme, dass der vorleistungspflichtige

617 ZIK 2010, 93 (95 f); siehe auch bereits *denselben*, Eigentumsvorbehalt 111 ff. Wohl zustimmend *Holzner*, JBl 2010, 674 (676).

618 Oben S 147 bei FN 616.

619 Auf diesen Aspekt weist auch *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 110, hin, entkräftet dieses Argument aber zugleich damit, dass eine rechtswidrige Handlung des vorleistungspflichtigen Vertragspartners nicht vorliegen könne, weil dem Vertragspartner in der Krise jedenfalls (also unabhängig von den Voraussetzungen des § 1052 Satz 2 ABGB) ein Leistungsverweigerungsrecht zukomme (S 147 bei FN 616). Siehe ferner

Vertragspartner mit seinem rechtswidrigen Verhalten das Massevermögen verringern und redlich handelnde Gläubiger schädigen könnte, wenn § 21 IO anzuwenden wäre.

Schoditsch gelangt zum Ergebnis, der Tatbestand von § 21 IO sei zwar verwirklicht, wenn der Vertragspartner seine Vorleistung bei Fälligkeit rechtswidrig nicht erbringe; der Insolvenzverwalter könne sein Wahlrecht nach § 21 IO daher auch in diesem Fall ausüben. Soweit befindet sich *Schoditsch* im Einklang mit *Bollenberger*. Nicht sachgerecht sei jedoch nach *Schoditsch* die daraus gezogene Konsequenz, dass der vorleistungspflichtige Vertragspartner seinen Anspruch auf die Gegenleistung des Schuldners als Masseforderung geltend machen könne; in dieser Situation plädiert *Schoditsch* dafür, **§ 46 Z 4 IO teleologisch zu reduzieren**: Trete der Insolvenzverwalter in den Vertrag ein, müsse der vorleistungspflichtige Vertragspartner seine Leistung zur Gänze erbringen, erhalte im Gegenzug aber dennoch bloß eine Insolvenzforderung auf die Gegenleistung.

2. Folgt man der von *Schoditsch* vertretenen Auffassung, hat das für den **einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt** erhebliche Konsequenzen: Selbst wenn man mit den zuvor[620] angestellten Überlegungen davon ausgeht, dass der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt sachenrechtlich wirkt, bliebe dem Verkäufer in der Käuferinsolvenz – also gerade in jenem Fall, für den die dingliche Sicherheit konzipiert ist – nur eine Insolvenzforderung, wenn der Insolvenzverwalter die Vertragserfüllung wählt. Damit hätte man sich – um mit den Worten *Spielbüchlers*[621] zu sprechen – bloß einen Pappkameraden zurechtgeschnitten, den man daraufhin flugs wieder erschießt.

IV. Rechtsprechung

1. Die österreichische Rechtsprechung musste – soweit überblickbar – noch nicht konkret dazu Stellung beziehen, wie der Verzug des vorleistungspflichtigen Vertragspartners in der Insolvenz zu behandeln ist. Insbesondere hat der OGH bisher nicht erwogen, § 46 Z 4 IO in solchen Konstellationen teleologisch zu reduzieren[622]. Bemerkenswert ist aber, dass es der OGH[623] –

schon *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 251 f, und ihm folgend *Kerschner* in Artmann, UGB³ § 369 Rz 5, beide allerdings außerhalb des insolvenzrechtlichen Kontextes, weil sie sich lediglich auf die Anwendbarkeit des Leistungsverweigerungsrechts nach § 1052 ABGB beziehen. Auf dieses Argument wird noch einzugehen sein (unten 3. Kapitel § 5 C.II; S 386 ff).

620 Siehe insbesondere oben 2. Kapitel § 4; S 123 ff.

621 JBl 2001, 38 (43).

622 Nachweise bei *Schoditsch*, ZIK 2010, 93 (94 FN 11), und *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 108 FN 37.

623 OGH 1 Ob 710/87 in SZ 61/31 = wbl 1988, 203 mit Anmerkung *Wilhelm*; 4 Ob 541/88 in SZ 61/170; 8 Ob 45/09i in ecolex 2010, 248/84 mit Anmerkung *Friedl*; ferner 9 Ob 63/11x; RIS-Justiz RS0064553.

und ebenso das Schrifttum[624] – als nicht vollständige Erfüllung nach § 21 IO behandeln, wenn der Vertragspartner seine **Leistung mangelhaft** erbracht hat. Damit liegt ein Größenschluss nahe: Wer unvollständige Erfüllung im Sinne von § 21 IO bejaht, wenn ein Gewährleistungsfall vorliegt, wenn also der Vertragspartner seine Leistung mangelhaft erbringt und der Schuldner diese als Erfüllung annimmt[625], der müsste dieses Tatbestandsmerkmal konsequenterweise umso mehr verwirklicht sehen, wenn der Vertragspartner die fällige Leistung verweigert und *überhaupt nicht erbringt*. Ausgehend von dieser Judikatur könnte man durchaus die Prognose aufstellen, dass der OGH einen beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrag ebenso dann annimmt, wenn der vorleistungspflichtige Vertragspartner in Verzug ist.

2. Genauer besehen ist ein solcher Schluss allerdings nicht zwingend. Zum einen ist zu bedenken, dass sich die bisherigen Entscheidungen mit der (nicht) vollständigen Erfüllung bloß **auf Seiten des Schuldners** befassen; die hier interessierende Konstellation betrifft hingegen die Frage, ob der vorleistungspflichtige Vertragspartner (Verkäufer) vollständig erfüllt hat. Diese beiden Fallgruppen sind einander keineswegs gleichzuhalten. Wie bereits *Frotz*[626] herausgestrichen hat, sind § 21 IO im Allgemeinen und der dort verwendete Erfüllungsbegriff im Besonderen nicht nach herkömmlichem schuldrechtlichen Verständnis auszulegen[627]; maßgebend ist vielmehr allein die ratio der insolvenzrechtlichen Bestimmungen. Dabei sind aber – wie bereits an anderer Stelle herausgearbeitet[628] – für Erfüllung auf Seiten des

624 *Lehmann*, KO 142; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 21 KO Rz 8 (vgl aber *denselben*, aaO Rz 6, wonach sich die Erfüllung „nach bürgerlichem Recht und insbesondere nach der Absicht der Parteien richtet"); *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 172 ff; *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 17; *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO² Vor §§ 103–109 Rz 97 und Rz 104 sowie § 103 Rz 128; *Kepplinger*, Synallagma 27; *Kernbichler*, JBl 2015, 406 (418 f). Zu dieser Frage eingehend unter Zugrundelegung der ratio von § 21 IO *Riss*, ÖBA 2008, 18 (25); vor dem Hintergrund der dortigen Ausführungen mit zutreffender Einschränkung daher OLG Wien, 15 R 38/99i (= RIS-Justiz RW0000312): Ein Werkvertrag sei auch dann vollständig erfüllt im Sinne von § 21 Abs 1 IO, wenn der insolvente Werkunternehmer zwar mangelhaft geleistet hat, aber nur solche Mängel vorliegen, die lediglich eine Minderung des Entgelts zur Folge haben können.

625 Zu diesen Tatbestandselementen der Gewährleistung statt aller *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren³ 413; *Welser/B. Jud*, Gewährleistung §§ 922, 923 ABGB Rz 2; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht¹⁴ II Rz 308.

626 Kreditsicherungsrecht 170 f und 179.

627 So aber eine weit verbreitete Ansicht: etwa *Lehmann*, KO 141; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 21 Rz 6; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 172; *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO² § 103 Rz 113; *Oetker*, ZZP 14, 1 (27); *Brachmann*, Rechtsgeschäfte 17; wohl auch *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 14. Siehe auch bereits *Petersen/Kleinfeller*, KO³ 69 zu § 15 dKO 1877.

628 Dazu eingehend *Riss*, ÖBA 2008, 18 (24 f): Für die vollständige Erfüllung auf Seiten des Vertragspartners kommt es darauf an, ob die Insolvenzmasse aus dem gegenständ-

Schuldners und Erfüllung auf Seiten des Vertragspartners nicht dieselben Kriterien entscheidend: Situationen, die eine nicht vollständige Erfüllung durch den Schuldner bewirken, müssen keineswegs eine nicht vollständige Erfüllung durch den Vertragspartner darstellen.

Zum anderen – und vor allem – hatte der OGH in den bisherigen Entscheidungen nur Sachverhalte zu beurteilen, in denen der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung des Vertrages nach § 21 IO abgelehnt hat (**Rücktritt**); ob dem Vertragspartner eine Masseforderung auf die Gegenleistung des Schuldners zukommt (§ 46 Z 4 IO), war daher gar nicht zu prüfen. Dass der Tatbestand von § 21 Abs 1 IO (Wahlrecht) bei Verzug des vorleistungspflichtigen Vertragspartners verwirklicht sein kann, steht – wie schon deutlich geworden ist[629] – aber ohnehin außer Streit. Diskutiert wird nur, ob der Vertragseintritt des Insolvenzverwalters in einer solchen Situation die Rechtsfolge von § 46 Z 4 IO (Masseforderung) auslöst oder ob der Tatbestand dieser Privilegierung teleologisch zu reduzieren ist. Zum Schwur kommt es also nur, wenn der Insolvenzverwalter in den Vertrag eintritt[630]. Für eben diese Konstellation hat der OGH aber noch nicht ausgesprochen, ob der Anspruch des vorleistungspflichtigen Vertragspartners auf die Gegenleistung als Masseforderung zu behandeln ist.

B. Deutschland

I. Rechtslage

Die deutsche Rechtslage ist der österreichischen **ähnlich**[631]. Ein rechtsvergleichender Blick in die benachbarte Rechtsordnung lohnt daher. Das Pendant zu § 21 IO findet sich in § 103 InsO. Danach „kann der Insolvenzver-

---

lichen Geschäft noch einen zusätzlichen Vorteil lukrieren kann (in diesem Sinn auch *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] Rz 2.81; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 20.13). Vollständige Erfüllung durch den Schuldner ist hingegen anzunehmen, wenn der Vertragspartner der Insolvenzmasse nicht mehr die Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrages entgegenhalten kann (explizit etwa auch *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO[2] § 103 Rz 119); trotz mangelhafter Leistung kann daher vollständige Erfüllung durch den Schuldner vorliegen, wenn es sich um Mängel handelt, die lediglich zu einer Minderung des Entgelts führen können (vgl die oben S 150 in FN 624 zitierte Entscheidung des OLG Wien; ebenso *Jaeger/Henckel*, KO[9] § 17 Rz 91 und wohl auch *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO[2] § 103 Rz 131: Erlöschen von Leistungspflichten aus anderen Gründen als wegen Erfüllung).

629 Oben 3. Kapitel § 2 A.II und III samt Nachweisen.

630 Zur Einschränkung auf die Fallgruppe des Vertragseintritts schon oben S 130 f.

631 Die von *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 248 FN 35, ausgemachten „grundlegenden dogmatischen Unterschiede im Konzept des § 21 KO [IO] einerseits, des § 103 dInsO (früher § 17 dKO) andererseits" sind im Rahmen der hier angestellten Überlegungen nicht von Bedeutung.

walter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen", wenn „ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt" ist (Abs 1). Hat der Insolvenzverwalter die Erfüllung gewählt, unterliegt der Vertragspartner bei der Verfolgung seines Gegenleistungsanspruchs nicht mehr den für Insolvenzgläubiger normalerweise (§ 87 InsO) geltenden Beschränkungen, sondern ist – wie nach österreichischer Rechtslage (§ 46 Z 4 IO) – als Massegläubiger zu behandeln (§ 55 Abs 1 Z 2 Fall 1 InsO)[632]. Auch die Folgen der Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter regelt das deutsche Insolvenzrecht gleich wie in Österreich: „Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so kann der andere Teil eine Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen" (§ 103 Abs 2 InsO).

Die deutsche Gesetzeslage präsentiert sich demnach im Wesentlichen deckungsgleich mit der österreichischen Insolvenzordnung. Damit bleibt auch in Deutschland Raum für Diskussion über die richtige Auslegung. Immerhin aber liefern die **Gesetzesmaterialien**[633] zum Vorläufer der deutschen Insolvenzordnung, das heißt zur deutschen Konkursordnung 1877[634] (Reichskonkursordnung) konkretere Anhaltspunkte. Darin positioniert sich der historische Gesetzgeber im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen der Erfüllungswahl (§ 17 dKO) bei Vorleistungspflicht des Vertragspartners verhältnismäßig deutlich: Zwar sei eine allenfalls vereinbarte Vorleistungspflicht nach wie vor zu berücksichtigen, gleichzeitig jedoch müsse der Insolvenzverwalter „natürlich seinerseits, die von dem Gemeinschuldner noch rückständige Leistung vollständig vornehmen". Die Materialien sprechen weiters die Frage an, ob der Vertragspartner „gegen das Recht des Verwalters auf Erfüllung dadurch geschützt werden soll, daß ihm das Gesetz das Recht auf Sicherheitsleistung" einräumt; denn es könnte ja sein – so die Materialien –, „daß mitunter die Konkursmasse nicht zureicht, um alle Masseschulden zu bezahlen, daß insofern also der Mitkontrahent nicht unbedingt gesichert" ist[635]. Vor allem aus der zuletzt referierten Passage leuchtet die Sichtweise der Gesetzesverfasser deutlich hervor: Auch der vorleistungspflichtige Vertragspartner ist als Massegläubiger zu behandeln, denn nur bei dieser Beurteilung kann das von den Materialien adressierte Problem auftauchen, dass der Vertragspartner wegen Unzulänglichkeit der Masse verkürzt wird. Wäre der Vertragspartner nur zur Leistung Zug um Zug verpflichtet, kann diese Gefahr nicht auftreten, zumal der Vertragspartner seine Leistung ohnehin nur zu erbringen hätte, wenn sichergestellt ist, dass er die Gegenleistung ungekürzt erhält. Mit anderen Worten: Nach Auffassung der Redaktoren der

632 *Wegener* in Uhlenbruck, InsO[15] § 103 Rz 133; BGH IX ZR 28/05 in WM 2006, 1785.
633 *Motive* KO 69 = *Hahn*, Materialien 88.
634 RGBl 1877 X S 351.
635 Zu dieser Situation schon oben S 142 FN 603.

deutschen Konkursordnung 1877 ist es möglich, dass ein vorleistungspflichtiger Vertragspartner mit seinem Anspruch auf die Gegenleistung Massegläubiger ist.

II. Schrifttum und Rechtsprechung

1. Im deutschen Schrifttum problematisiert man die hier interessierende Frage – Wie ist der vorleistungspflichte Vertragspartner in der Insolvenz zu behandeln? – meist nur beiläufig[636]. Und man beantwortet sie – wie in Österreich – überwiegend zu Gunsten des Vertragspartners[637]. Vor allem gewichtige Stimmen[638] vertreten, § 103 InsO schütze gleichermaßen den vorleistungspflichtigen Vertragspartner, soweit er bei Insolvenzeröffnung noch nicht oder noch nicht voll geleistet hat; der Vertrag sei auf den Austausch gegenseitiger Leistungen gerichtet und ein vorleistungspflichtiger Vertragspartner, dessen Leistung noch aussteht, habe sich des Synallagmaschutzes noch nicht begeben. Der Insolvenzmasse gebühre nur der Mehrwert, den die Leistung des Vertragspartners gegenüber der vom Schuldner versprochenen Gegenleistung habe.

Ob die Vorleistungspflicht des Vertragspartners dem **Wahlrecht** des Insolvenzverwalters (§ 103 InsO) im Wege steht, spricht die Kommentarliteratur nur selten eigens an[639]. Immerhin wird aber vereinzelt ausdrücklich betont, es sei unerheblich, aus welchem Grund der Vertrag noch nicht vollständig erfüllt sei[640], insbesondere soll Verschulden des Vertragspartners irrelevant sein[641]. Nicht erforderlich sei ein Zug-um-Zug-Austauschverhältnis; ein synallagmatisches Verhältnis zwischen den noch unerfüllten Pflichten brauche es nicht[642]. Ebenso wenig verlangt man, dass sich der Vertragspartner nicht in Verzug befunden hat beziehungsweise nicht vorleistungspflichtig gewesen sein darf, damit er als Massegläubiger (§ 55 Abs 1 Z 2 InsO) privilegiert ist[643]. Teilweise wird betont, in dieser Privilegierung, wie sie sich aus § 103 in Verbindung mit § 55 InsO ergibt, setze sich das auch bei Vorleistungspflicht

636 Mit diesem Befund auch *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] Rz 4.85 FN 207 mit weiteren Nachweisen.

637 Implizit etwa *Brachmann*, Rechtsgeschäfte 28 f.

638 *Jaeger/Henckel*, KO[9] § 17 Rz 6; *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO[2] § 103 Rz 63; *Henckel*, ZZP 99, 419 (424); *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] Rz 2.22 und Rz 4.85 f.

639 Unbehandelt etwa bei *Andres* in Andres/Leithaus/Dahl, InsO[4] § 103 Rz 15.

640 *Wegener* in Uhlenbruck, InsO[15] § 103 Rz 57.

641 *Fehl-Weilender* in Braun, InsO[9] § 103 Rz 19; *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO[2] § 103 Rz 113.

642 *Marotzke* in HK-InsO[11] § 103 Rz 73 ff mit weiteren Hinweisen; siehe aber die dort abgelehnte BGH-Entscheidung IX ZR 44/18 (Rn 16 ff) in ZInsO 2019, 1364 (1366 ff).

643 *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] Rz 4.87; *Leithaus* in Andres/Leithaus/Dahl, InsO[4] § 55 Rz 8; *Behr*, Wertverfolgung 46.

bestehende Synallagma in der Insolvenz fort[644]. Wer sich durch faktische Zug-um-Zug-Leistungen im Schutzbereich des funktionellen Synallagmas halte, sei im Insolvenzverfahren gegen Einbußen geschützt[645]. Die Insolvenzgefahr treffe nur diejenigen Gläubiger, die dem Schuldner *tatsächlich* Kredit gewährt haben[646]. Plakativ formuliert es etwa auch *Karsten Schmidt*: „Nicht erfüllt haben, bedeutet nicht hergegeben haben[647].“

2. Überraschend eindeutig fällt ein Blick in die deutsche **Rechtsprechung** aus. Aus welchem Grund der Vertrag noch nicht erfüllt ist, soll für die Anwendbarkeit des Wahlrechts des Insolvenzverwalters keine Rolle spielen[648]. Der BGH[649] sieht den Zweck dieses Wahlrechts nämlich darin, den Vertragspartner bei gegenseitigen Verträgen möglichst lange zu schützen; demgemäß bezeichnet es der BGH explizit als irriges Verständnis, darin eine Fortsetzung beziehungsweise Ausgestaltung des Leistungsverweigerungsrechts aus § 320 BGB (entspricht der Zug-um-Zug-Einrede nach § 1052 Satz 2 ABGB) zu sehen und für das Wahlrecht vorauszusetzen, dass dem Vertragspartner im konkreten Vertragsverhältnis ein Leistungsverweigerungsrecht zustehe. Trotz gewisser Ähnlichkeiten in der praktischen Auswirkung seien diese Rechtsinstitute nach Inhalt und Zweckbestimmung völlig verschieden.

644 *Henckel*, ZZP 99, 419 (424); zustimmend *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] Rz 8.85 FN 207.

645 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 20.08. Dass damit nicht entscheidend ist, ob die Zug-um-Zug-Leistungspflicht vertraglich festgelegt ist, sondern lediglich ob der Vertragspartner tatsächlich (faktisch) Zug um Zug leistet, ergibt sich aus den weiteren Ausführungen *Häsemeyers*: Für die Frage, ob der Vertragspartner als Insolvenz- oder als Massegläubiger zu behandeln ist, stellt er allein darauf ab, ob der Vertragspartner dem Schuldner durch *tatsächliche Vorleistung* Kredit gewährt hat, ob es also faktisch zu einer Vorleistung gekommen ist.

646 *Grundmann*, JA 1985, 80 (84). Mit dieser Wertung als Befund – in anderem Zusammenhang (nämlich zu den Voraussetzungen der insolvenzrechtlichen Vertragsauflösungssperre) – auch *Kernbichler*, JBl 2015, 409 (413).

647 *K. Schmidt*, JZ 1976, 756 (761).

648 RG in RGZ 85, 402 (404); BGH V ZR 20/82 in NJW 1983, 1619.

649 V ZR 53/70 in BGHZ 58, 246 (249 f) = NJW 1972, 875 = MDR 1972, 591 = JuS 1972, 476 = KTS 1972, 256; kritisch dazu *Häsemeyer*, KTS 1973, 2 (insbesondere 5 f).

§ 3 Stellungnahme

A. Standortbestimmung und tangierte Regelungsprinzipien

1. Überlegungen dazu, wie der vorleistungspflichtige Vertragspartner in der Insolvenz des Schuldners zu behandeln ist, vermag man erst seriös anzustellen, sobald Klarheit über Rechtsnatur sowie Regelungszweck der relevanten Gesetzesbestimmungen herrscht. Die Antwort darauf zu finden, scheint jedoch eine anspruchsvolle Aufgabe. Denn nicht ohne Grund beklagt das Schrifttum regelmäßig[650] und häufig mit resignierendem Unterton, den einschlägigen Bestimmungen des Insolvenzrechts über Erfüllung oder Nichterfüllung von zweiseitigen Rechtsgeschäften (§§ 21 ff IO beziehungsweise §§ 103 ff InsO) ließen sich nur mit Mühe durchgehende Prinzipien entnehmen[651]; eine insolvenzrechtliche Systematik für ihre Abwicklung sei noch nicht konsequent entwickelt und die **einschlägigen Regelungen** seien **weder vollständig noch widerspruchsfrei**[652]. Wer ihren dogmatischen Charakter und Normzweck bestimmen will, finde im Gesetz kaum Anhaltspunkte vor[653]. Der über den einschlägigen Bestimmungen liegende teleologische Nebelschleier mahnt dazu, besondere Vorsicht walten zu lassen, sobald man sie nach dem Gesetzeszweck auslegen möchte; denn gerade bei nicht erkennbaren, unklaren oder gar fehlenden Wertungsprinzipien läuft der Rechtsanwender Gefahr, den gesetzgeberischen Willen zu verfehlen, sobald er sich vom Wortlaut der Bestimmung entfernt[654].

650 Abgesehen von den sogleich zitierten Stellungnahmen siehe in diesem Sinne etwa auch *Huber* in MünchKomm-InsO[4] § 103 Rz 2 bei FN 2; *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO[2] § 103 Rz 16. Kritisch gegenüber den bisherigen Deutungen auch *Perner* in KLS, IO[2] § 21 IO Rz 4.

651 In diesem Sinn schon *Oetker*, ZZP 14, 1 (13), zu den entsprechenden Bestimmungen der alten deutschen KO.

652 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 1.16.

653 *Tintelnot*, ZIP 1995, 616 (617).

654 So explizit die Rechtsprechung für den Bereich des MRG (das aber bei der Suche nach dem Regelungszweck einen besonderen Schwierigkeitsgrad aufweist): OGH 5 Ob 83/91 = MietSlg 44.321; 5 Ob 10/97z in SZ 70/12 = wobl 1997, 190/64; RIS-Justiz RS0106113.

2. Auf der Suche nach Regelungszweck und Rechtsnatur der in Diskussion stehenden insolvenzrechtlichen Vorschriften fällt zunächst auf, dass nicht bloß ein oder vielleicht zwei unterschiedliche Prinzipien und Gesetzeszwecke tangiert sind; es liegt daher kein bilateraler Prinzipienkonflikt vor, der sich in den meisten Fällen mit überschaubarem Aufwand auflösen und bewältigen lässt. Vielmehr ist schon auf den ersten Blick eine **Mehrzahl von Interessen** – sowohl individueller als auch solcher des Rechtsverkehrs – zu erkennen, die die gesetzliche Regelung miteinander in Einklang zu bringen sucht. In den einschlägigen Bestimmungen lassen sich vor allem folgende Faktoren ausmachen, die für die Regelung mitbestimmend sind: der Grundsatz der Vertragstreue, der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung (*par condicio creditorum*) und das Ziel der möglichst optimalen Verwertung der Insolvenzmasse[655]. Zentral ist ferner der Grundsatz vom Schutz des Synallagmas und gewisse, erst näher zu bestimmende Schutzwirkungen des Besitzes beziehungsweise der Gewahrsame; diese Schutzwirkungen liegen prima vista weniger offen zutage, werden aber bei näherer Beleuchtung deutlich zu greifen sein.

Wenn das Schrifttum besondere Schwierigkeiten beim Verständnis von §§ 21 und 46 IO konstatiert, scheint dies demnach zum einen dem Umstand geschuldet, dass eine große Zahl von miteinander konfligierenden Regelungsprinzipien aufeinander stoßen[656]; der Rechtsanwender hat also eine Gleichung mit mehreren Unbekannten zu lösen. Zum anderen kommt erschwerend hinzu, dass mehrere Rechtsgebiete zusammentreffen[657], nämlich das **Insolvenzrecht**, das **Schuldrecht** sowie mit bedeutendem Gewicht das **Sachenrecht**[658]. Innerhalb eines Rechtsgebietes mag großteils geklärt sein, wie

655 Dass das Erfüllungswahlrecht nach § 21 IO (§ 103 InsO) eine Regelung zur Masseverwertung darstellt, heben etwa *Henckel* (ZZP 99, 419 [420]) und ihm folgend *Koziol* (ÖBA 1998, 745 [753]) explizit hervor.

656 Unter *Rechtsprinzipien* versteht man Normen, die gebieten, dass ihr Ziel in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird (*Optimierungsgebote*; *Alexy*, Grundrechte[9] 75 ff). Prinzipien können demnach gegeneinander abgewogen werden, sodass sie je nach den Umständen mehr oder weniger verwirklicht sind. Siehe dazu grundlegend *Dworkin*, Bürgerrechte 54 ff; ferner *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 25 ff mit weiteren Hinweisen.

657 Dass es sich bei insolvenzrechtlichen Fragestellungen generell um eine „Querschnittsmaterie" beziehungsweise „Gemengelage" handelt, betont etwa auch *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 234 f. Ebenso *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 1.04, der von Querverbindungen und Wechselwirkungen zwischen Insolvenzrecht und anderen Rechtsgebieten spricht.

658 Zu nennen wäre allenfalls noch das Verfahrensrecht, das nach klassischem Fächerverständnis als rechtssystematische Heimat des Insolvenzrechts gilt; kritisch zu einer solchen (undifferenzierten) Standortbestimmung aber etwa *K. Schmidt*, KTS 1988, 1 (2), der moniert, dass dies „auch zu einer Stagnation des Rechtsgebietes beigetragen hat". Zustimmend und mit ähnlichem Befund zuletzt auch *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 235.

sich bestimmte Regelungsprinzipien zueinander verhalten und wie die Prinzipienabwägung ausfällt, die im Konfliktfall vorzunehmen ist. Treffen jedoch verschiedene Rechtsgebiete in einem Tatbestand aufeinander, so konfligieren die in einem Rechtsgebiet angesiedelten Regelungsprinzipien mit Regelungsprinzipien anderer Rechtsgebiete. Ein solcher **Konflikt von Regelungsprinzipien verschiedener Rechtsgebiete** stellt den Rechtsanwender vor neue, oftmals kaum gelöste Abwägungsfragen. Schon zu Beginn der anzustellenden Überlegungen wird damit klar, dass es – wenngleich man eigentlich bloß zwei insolvenzrechtliche Bestimmungen auszulegen und anzuwenden hat – erforderlich ist, auch *alle* anderen in §§ 21, 46 IO berührten Rechtsgebiete und Rechtsebenen einzubeziehen und mitzuberücksichtigen[659].

3. Nach einer solchen Standortbestimmung scheint nachvollziehbar, dass das Schrifttum zu §§ 21 und 46 IO den Eindruck erweckt, nach Orientierung zu suchen. Einen ersten Wegweiser bietet meines Erachtens die Erkenntnis, dass das (materielle) **Insolvenzrecht** einen Teil des Privatrechts bildet[660] und daher im Grundsatz von den **allgemeinen privatrechtlichen Strukturen** beherrscht ist[661]. Davon ausgehend soll versucht werden, Stellung und Wirkungsweise von §§ 21 und 46 IO im Gefüge der privatrechtlichen Prinzipien zu ermitteln[662]. Zuvor ist aber ein im Gedankengang relativ formaler, auf den ersten Blick aber nicht unplausibler Lösungsansatz zu behandeln.

B. Schutz aus § 1052 ABGB infolge Fälligwerden der Insolvenzforderung

1. Es entspricht – wie schon erwähnt[663] – im Wesentlichen allgemeiner Auffassung, dass die Behandlung als Massegläubiger bei Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters (§ 46 Z 4 iVm § 21 Abs 1 IO) jene Vertragspartner schützen soll, die außerhalb der Insolvenz durch die Einrede nach § 1052 ABGB gesichert wären. Die Einrede steht dem Vertragspartner zu, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit noch nicht obligationsgemäß erfüllt hat beziehungsweise nicht bereit ist, sie obligationsgemäß zu erfüllen. Ist die Gegenleistung des Schuldners wegen Vorleistungspflicht des Vertragspartners **noch nicht fällig**, steht dem Vertragspartner keine Einrede nach § 1052 Satz 1 ABGB zu und deshalb soll er – ausgehend von der ratio von §§ 21 und 46 IO – nicht geschützt sein, also nicht als Massegläubiger zu behandeln sein.

---

659 So auch zur Auslegung insolvenzrechtlicher Normen ganz generell *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 1.04; *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 235.

660 *Holzhammer*, Insolvenzrecht[5] 9 f, und *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I[4] 10, sprechen von einem *Sonderprivatrecht*. Dazu jedoch skeptisch *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 237.

661 Siehe nur *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 1.05.

662 Unten 3. Kapitel § 3 C; S 160 ff.

663 Siehe dazu die Nachweise oben S 147 f in FN 615 und 617.

Geht man von dieser landläufig anerkannten Argumentation aus, liegt ein Einwand nahe, den man allerdings – soweit überblickbar – bisher noch nicht in die Diskussion eingebracht hat[664]. Eine der Wirkungen der Insolvenzeröffnung ist nämlich, dass **Gläubigerforderungen** gegen die Insolvenzmasse **sofort fällig** sind (§ 14 Abs 2 IO). Daraus könnte man ableiten, der (ursprünglich) vorleistungspflichtige Vertragspartner sei berechtigt, seine Forderung auf die Gegenleistung nun sofort geltend zu machen und daher die eigene Leistung von der Erbringung der Gegenleistung nach § 1052 ABGB abhängig zu machen. Formal betrachtet wäre er demnach somit von § 1052 ABGB geschützt und müsste nach § 46 Z 4 iVm § 21 IO privilegiert sein.

2. Ein solcher Gedankengang überzeugt jedoch nicht. Zunächst ist zu bedenken, dass diese Argumentation erfolglos bleibt, wenn die Vorleistung des Vertragspartners vor Insolvenzeröffnung fällig geworden ist und sich der **Vertragspartner** deshalb bei Insolvenzeröffnung und Fälligwerden der Nachleistung des Schuldners (§ 14 Abs 2 IO) **bereits in Verzug** befindet. Wird in dieser Situation die Nachleistung fällig, steht dem Vorleistungspflichtigen (Vertragspartner), der nun in Anspruch genommen wird, nach herrschender Auffassung[665] trotz Fälligkeit der Nachleistung keine Einrede nach § 1052 Satz 1 ABGB zu: Der Nachleistungspflichtige (Schuldner/Insolvenzmasse) muss nämlich nicht leisten, weil er – solange der Vorleistungspflichtige (Vertragspartner) seiner Verpflichtung nicht nachgekommen und somit in Verzug ist – von seiner Leistungspflicht befreit ist; tritt Fälligkeit der Nachleistung ein, berührt dies die Vorleistungspflicht demnach nicht, das Schuldverhältnis wandelt sich nicht in ein Zug-um-Zug-Leistungsverhältnis. Diesem allgemein anerkannten Rechtssatz des Schuldrechts liegt im Kern derselbe Gedanke zugrunde, den auch *Schoditsch*[666] ins Treffen führt: Das

---

664 Hinzuweisen ist lediglich auf das Referat des Meinungsstands nach französischem Recht bei *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 99 bei FN 215, wo der sogleich zu besprechende (und abgelehnte) Argumentationsweg offensichtlich beschritten wird.

665 *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 72; *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 88 f; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1052 Rz 22; *Spitzer/Kodek* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1052 Rz 23 und Rz 25; OGH 2 Ob 657/86. Ebenso wird die Zug-um-Zug-Einrede verneint, wenn der Vorleistungspflichtige mangelhaft geleistet hat (also nicht obligationsgemäß erfüllt hat) und er seine noch ausstehende Leistung von der mittlerweile fälligen Nachleistung abhängig machen möchte (*Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON$^{1.08}$ § 1052 Rz 12; OGH Rv I 852/14 in GlUNF 7121).

666 Nach *Schoditsch* darf ein Vertragspartner, der sich im Verzug befindet, daher als Massegläubiger privilegiert werden (dazu oben S 148 f bei und in FN 619). *Schoditsch'* Ansicht steht damit – wenn man die Behandlung als Massegläubiger von der Möglichkeit der Zug-um-Zug-Einrede abhängig macht – in Einklang mit dem hier dargelegten Gedankengang, sie lässt die Konsequenz des eigenen rechtswidrigen Verhaltens bloß eine Rechtsfolgenebene weiter unten eingreifen, also nicht schon – wie hier –, indem ihm die Einrede nach § 1052 ABGB versagt wird, sondern erst bei der Frage, ob dem rechtswidrig handelnden Vertragspartner die – nach wohl herrschender Auffassung

eigene rechtswidrige Verhalten (Verzug) soll dem Vorleistungspflichtigen nicht zum Vorteil gereichen, es soll ihm also nicht erlauben, die ihm sonst nicht zustehende Zug-um-Zug-Einrede zu erheben[667].

3. Ist die Vorleistung des **Vertragspartners** bei Insolvenzeröffnung noch nicht fällig und befindet er sich bei Insolvenzeröffnung **nicht in Verzug**, kann er sich ebenso wenig auf die vorgezogene Fälligkeit der Nachleistung (§ 14 Abs 2 IO) berufen, um dadurch den Schutz der Zug-um-Zug-Einrede zu erheischen. Nach herrschender Auffassung bezweckt § 14 Abs 2 IO nämlich bloß, allen Gläubigern die Teilnahme am Insolvenzverfahren zu ermöglichen, und dient dem Interesse an einer beschleunigten Abwicklung des Insolvenzverfahrens[668]; deswegen *gelten* Gläubigerforderungen bloß im Hinblick auf ihren Teilnahmeanspruch als fällig[669], sie *sind* es aber nicht[670]. Dass das Rechtsverhältnis trotz der gesetzlich vorgezogenen Fälligkeit in wirtschaftlicher Hinsicht unverändert bleibt, zeigt sich daran, dass die Forderung um die gesetzlichen Zwischenzinsen herabzusetzen ist (§ 14 Abs 3 IO[671]); damit verwirklicht das Insolvenzrecht den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Insolvenzgläubiger[672]. Wenn der Vertragspartner demnach aus der vorgezogenen Fälligkeit nach § 14 Abs 2 IO nicht einmal einen Zinsvorteil lukrieren kann, wird man kraft Größenschlusses – argumento a minori ad maius – noch viel weniger annehmen dürfen, dass ihm die gesetzlich angeordnete Fälligkeit der Gegenleistung die Zug-um-Zug-Einrede und auf diesem Wege die Stellung als Massegläubiger beschert.

4. Im **Ergebnis** kann man aus der in § 14 Abs 2 IO angeordneten Fälligkeit der Nachleistung des Schuldners beziehungsweise der Insolvenzmasse meines Erachtens nicht ableiten, dass der vorleistungspflichtige Vertragspartner bei Vertragseintritt des Insolvenzverwalters als Massegläubiger zu behandeln ist.

(Nachweise in FN 615 und 617) von § 1052 ABGB abhängige – Stellung als Massegläubiger zukommen soll. Anwendungsbereich und Reichweite dieses Arguments werden allerdings noch zu relativieren sein (unten 3. Kapitel § 5 C.II; S 386 ff).

667 *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren[3] 360; *Spitzer/Kodek* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1052 Rz 23 bei FN 75; OGH 3 Ob 562–564/89 in wbl 1989, 219.

668 *Motive* KO 276 f = *Hahn*, Materialien 256 f; *Lehmann*, KO 101 f; *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 279; *Knof* in Uhlenbruck, InsO[15] § 41 Rz 1; *Bitter* in MünchKomm-InsO[4] § 41 Rz 1 f; *Andres* in Nerlich/Römermann, InsO § 41 Rz 1.

669 *Apathy* Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 14 KO Rz 13. So auch der Wortlaut von § 14 Abs 2 IO sowie der deutschen Parallelbestimmung § 45 Abs 1 InsO.

670 *Bartsch/Pollak*, KO[3] § 14 Anm 8 (S 104).

671 Ebenso die deutsche Parallelregelung (§ 41 Abs 2 InsO).

672 *Motive* KO 276 f = *Hahn*, Materialien 257 f; *Denkschrift* KO 24; *Apathy* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 15 KO Rz 16; *Bitter* in MünchKomm-InsO[4] § 41 Rz 17.

C. Suche nach dem Problemkern: Analyse der kollidierenden Regelungsprinzipien

I. Synallagmaschutz als Schlüsselfrage

In § 21 und § 46 IO trifft – wie schon angesprochen – eine Mehrzahl von Regelungsprinzipien aufeinander. Tangiert sind darin auf den ersten Blick die Vertragstreue, die Gläubigergleichbehandlung (par condicio creditorum), das Ziel, die Insolvenzmasse möglichst optimal zu verwerten, und gewisse, noch näher zu definierende Aspekte des Gewahrsamsschutzes; ferner der Schutz des (funktionellen) Synallagmas[673]. Es lässt sich vorwegnehmen, dass der Schutz des Synallagmas sprichwörtlich inmitten all der genannten Regelungsprinzipien angesiedelt ist[674], sozusagen an ihrem **Kollisionspunkt**, also dort, wo sich der Konflikt der anderen aufeinandertreffenden Prinzipien zuspitzt und zu entscheiden ist. An eben diesem Kulminationspunkt ist die erste grundlegende Frage zu lösen: Ist der vorleistungspflichtige Vertragspartner bei einem Vertragseintritt des Insolvenzverwalters als Massegläubiger zu behandeln? Und wenn ja: Unter welchen Voraussetzungen? Nur wenn das **Synallagma** in der Insolvenz **geschützt** bleibt, kann dem Vertragspartner eine **Masseforderung** zustehen. Treffend hat man nämlich darauf hingewiesen[675], dass Ansprüche aus einem synallagmatischen Vertrag in haftungsrechtlicher Hinsicht nicht isoliert zu betrachten sind, sondern in ihrem funktionellen Synallagma; sind Leistung und Gegenleistung synallagmatisch verknüpft, besteht der für die Insolvenzmasse zu realisierende Wert nur in dem Betrag, um den die zur Insolvenzmasse gehörende Forderung gegen den Vertragspartner den Wert der noch zu erbringenden Gegenleistung übersteigt. Solange der Synallagmaschutz intakt ist, kann der Insolvenzverwalter aus dem

---

673 Dieser Berührungspunkt der einschlägigen insolvenzrechtlichen Bestimmungen mit dem (funktionellen) Synallagma wird im Schrifttum deutlich betont, so etwa *Jaeger/Henckel*, KO^9 § 17 Rz 115; *Wegener* in Uhlenbruck, InsO^{15} § 103 Rz 1; *Bork*, FS Zeuner 297 (309 mit weiteren Hinweisen); *Roth*, FS Rolland 305 (312). Siehe auch sogleich FN 674. Anders aber *Huber* in MünchKomm-InsO^4 § 103 Rz 62: Das Wahlrecht soll den Verwalter entlasten, indem es ihm einen neuen Vertragsabschluss erspart.

674 In diesem Sinn sieht etwa *Häsemeyer*, KTS 1973, 2 (insbesondere 3 f und 6), das funktionelle Synallagma als Schlüsselfrage dafür, wie der Vertragspartner zu behandeln ist: Die insolvenzrechtlichen Bestimmungen über das Erfüllungswahlrecht verbänden „in eigentümlicher Weise ein Ablehnungsrecht mit dem Schutz des funktionellen Synallagmas." Dieses schütze davor, die eigene zurückgehaltene Leistung ohne die Gegenleistung erbringen und verlieren zu müssen; deshalb erwerbe der Vertragspartner in der Insolvenz eine Masseforderung, wenn der Insolvenzverwalter die Vertragserfüllung verlange. Siehe auch *denselben*, KTS 1982, 507 (519).

675 *Jaeger/Henckel*, KO^9 § 17 Rz 6 und 113. Ihnen folgend *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 249 f. Siehe auch *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO^2 Vor §§ 103–109 Rz 4 f.

gegenseitigen Vertrag für die Insolvenzmasse also die Differenz zwischen der noch ausstehenden Leistung des Vertragspartners und der ungekürzten Gegenleistung der Insolvenzmasse realisieren; unter dieser Voraussetzung wird der Vertragspartner als Massegläubiger behandelt.

Greifen jedoch andere, insbesondere insolvenzrechtliche Regelungsprinzipien ein, die den **Schutz des Synallagmas aufheben oder beschränken**, ist der Vertragspartner wie jeder andere Insolvenzgläubiger zu behandeln, sodass es geboten wäre, § 46 Z 4 IO teleologisch zu reduzieren. All dies wird im Detail zu erörtern sein. Jedenfalls aber erscheinen Kontur und Inhalt des Synallagmaschutzes für alle noch anstehenden Prinzipienabwägungen zentral. Der Synallagmaschutz muss deshalb am Ausgangspunkt stehen. Aus Gründen methodischer Klarheit[676] starten die Überlegungen aus dem Blickwinkel des allgemeinen Zivilrechts, die insolvenzrechtlichen Besonderheiten und Einflüsse bleiben daher zunächst ausgeblendet. Denn zum einen bildet auch das (materielle) Insolvenzrecht einen Teil des Privatrechts (S 157) und ist daher im Grundsatz **von den allgemeinen privatrechtlichen Strukturen beherrscht**; zum anderen zwingen die dogmatischen Nebelschwaden über §§ 21, 46 IO (S 155) dazu, die Expedition auf gesichertem Terrain zu beginnen und sich dem Problemkern mit sachten, umsichtigen Schritten zu nähern.

II. Schutz des Synallagmas

1. Synallagmatische Verträge und Fallgruppen des Synallagmaschutzes

1. Gemeinhin versteht man heute[677] unter synallagmatischen Verträgen Rechtsgeschäfte, die gegenseitige Leistungspflichten begründen, wobei diese Pflichten ihrem Zweck nach so zusammenhängen, dass jeweils die **eine Pflicht um der anderen Willen übernommen** ist; in der Verpflichtung der einen Partei liegt jeweils der Zweck, die causa, für die Verpflichtung der anderen Partei[678]. Das Institut des Synallagmas mag als zentraler Baustein des Privatrechts anerkannt sein[679], die dogmatischen Grundlagen seiner Lehre sind allerdings – wie sich noch zeigen wird – keineswegs in allen Fein-

676 Zu den Gründen für die isolierte Betrachtung des Synallagmas im Insolvenzrecht und Schuldrecht näher unten 3. Kapitel § 3 C.III.1; S 192 f.

677 Der Begriff „Synallagma" dürfte bei *Bechmann*, Kauf im Roemischen Recht 54 ff seinen Ursprung haben. Zum dogmengeschichtlichen Entwicklung und ihren Nuancen siehe *Rittner*, FS Lange 213 (216 ff insbesondere FN 16).

678 V*an den Daele*, Probleme des gegenseitigen Vertrages 15 f und 28; *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 58. Siehe ferner etwa auch *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren³ 173.

679 So etwa *Esser*, Grundsatz und Norm² 357: „Die Lehre vom Synallagma ist nichts endgültiges, aber das von ihr erfasste Prinzip gehört zu den Realien jeden Schuldrechts."

heiten aufbereitet und durchdrungen[680]. Durchaus treffend und für die folgenden Überlegungen vorerst ausreichend präzise kann man das Synallagma als eine **Schutznorm der Entgeltlichkeit**[681] und des Austauschverhältnisses bezeichnen.

Je nachdem, in welchem Kontext dem entgeltlichen Austauschverhältnis Relevanz zukommt, unterscheidet man zwischen dem genetischen, dem konditionellen und dem funktionellen Synallagma[682]: Das **genetische** Synallagma[683] besagt, dass die ursprüngliche Nichtigkeit der einen Verpflichtung die andere Verpflichtung erfasst. Aus dem Grundsatz des **konditionellen** Synallagmas folgt, dass das Unmöglichwerden der einen Leistung und der dadurch bewirkte Entfall der Leistungspflicht grundsätzlich die Gegenleistungspflicht aufhebt[684]. Und schließlich ergibt sich aus dem **funktionellen** Synallagma, dass der Vertragspartner im Schuldnerverzug die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages (§ 1052 Satz 1 ABGB) geltend machen[685] und nach § 918

680 So konstatiert *Rittner*, FS Lange 213 (213), dass ihre Grundlagen „dunkel, viele ihrer Einzelheiten umstritten“ sind. Auch *Schmidt-Rimpler*, Gegenseitigkeit 55, stellt fest: „Was nun das Problem des Synallagmas betrifft, so fehlt eigentlich, so sonderbar es klingt, auch heute noch eine wirklich befriedigende dogmatische Bestimmung seines Begriffs.“ In diesem Sinne auch *Klinke*, Causa und genetisches Synallagma 15, sowie *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 5 und 53.

681 *Dubischar*, FS Raiser 99 ff; ihm folgend *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 60 bei FN 19.

682 *Van den Daele*, Probleme des gegenseitigen Vertrages 24 ff; *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 58; *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren[3] 176 je mit weiteren Hinweisen.

683 Gegen die Sinnhaftigkeit dieser Kategorie aber *Rittner*, FS Lange 213.

684 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 79 ff.

685 Statt aller nur *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 58; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1052 Rz 15; *Apathy/Perner* in KBB, ABGB[7] § 1052 Rz 1; *Laimer/Schwartze* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB[3] § 1052 Rz 12 und Rz 60. Ferner etwa *F. Bydlinski*, FS Steinwenter 140 (142). Siehe auch bereits *von Cramer* in *Stubenrauch*, Commentar[8] II 272, der § 1052 ABGB als Ausdruck des Synallagmas bezeichnet. Weiterführend zuletzt *Kodek*, Einrede 78 ff: Die Einredekonstruktion sichere den materiellrechtlich vorgegebenen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung ab; insoweit diene die Einrede dazu, dass funktionelle Synallagma zu verwirklichen. Wie *Kodek* anschaulich darlegt, zeige die historische Entwicklung, dass die Einredekonstruktion keineswegs die einzig mögliche Form sei, um den Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung umzusetzen; Lehre und Praxis hätten jahrhundertelang damit gerungen, die Abwicklung synallagmatischer Verträge zu bewältigen. Wenngleich aus heutiger Sicht eine Zug um Zug zu erfüllende Verpflichtung angemessen und einleuchtend erscheine, sei dies ist keineswegs selbstverständlich. Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug sei eine Schöpfung der Praxis der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die erst durch die Exekutionsordnung 1897 und die dritte Teilnovelle zum ABGB im positiven Recht verankert wurde.

ABGB zurücktreten kann[686]; funktionelle Abhängigkeit bedeutet demnach, dass die Leistungen in ihrer Durchsetzung voneinander abhängen[687].

Gemeinhin sieht man das Synallagma als **Vertragsinhalt** an[688]; teilweise versteht man es auch als Ausfluss des allgemeinen **Äquivalenzprinzips**[689].

2. Schon dieser knapp gehaltene Überblick macht deutlich, dass das Gesetz den grundsätzlich vorgesehenen **Schutz des Synallagmas** keineswegs durchgehend in derselben Form umsetzt; die jeweils eingesetzten **Rechtsfolgen** variieren in den einzelnen Fallgruppen[690]: (i) Ein Wurzelmangel stört das *genetische* Synallagma; er bewirkt, dass der gesamte Vertrag anfechtbar ist oder wegfällt. (ii) Demgegenüber beeinträchtigt der Verzug das *funktionelle* Synallagma; Rechtsfolge ist ein Leistungsverweigerungsrecht oder ein Recht, unter Nachfristsetzung zurückzutreten. (iii) Wiederum andere Rechtsfolgen sind für das Unmöglichwerden vorgesehen, das man als Fallgruppe des *konditionellen* Synallagmas einordnet. Anders als die häufig verwendeten Formulierungen womöglich glauben machen, erschöpft sich der aus dem Synallagmaprinzip erfließende Schutz also keineswegs in der Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrages (§ 1052 Satz 1 ABGB). So betont *Jabornegg*[691] treffend, das Synallagma müsse bei Verzögerung, Gefährdung oder Unmöglichwerden des Austausches keineswegs automatisch negativ ausschlagen; die Gegenleistungspflicht entfällt also nicht zwingend: Werde der Vertrag nicht in der vereinbarten Form abgewickelt, ergebe sich aus dem Synallagma ein Interessenkonflikt, der nach besonderen Wertungen zu lösen sei. Diese Wertungen könnten unter anderem vorgeben, den Konflikt aufzulösen, indem sich der Synallagmagedanke umkehrt (= Entfall der Gegenleistungspflicht), zwingend sei dies aber keineswegs. Den Ausschlag gebe – so *Jabornegg*[692] – vielmehr der aus dem Synallagma abgeleitete **hypothetische Parteiwille**. So sei mit dem *genetischen* und dem *konditionellen* Synallagma der Gedanke angesprochen, dass die Parteien niemals die Leistungspflicht eines Teils allein vereinbart hätten. Das *funktionelle* Synallagma bringe demgegenüber zweierlei zum Ausdruck: (i) Der Gläubiger hätte dem Vertrag nicht zugestimmt, wenn er einen längeren oder nicht ganz unerheblichen Verzug des Schuldners vorausgesehen hätte; (ii) haben die Parteien keine Vorleistungspflicht verein-

686 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 58 und 83.
687 *Roth*, Einrede 174 FN 30.
688 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 74 ff.
689 *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 184; so wohl auch *van den Daele*, Probleme des gegenseitigen Vertrages 28 ff, der die „Äquivalenz der gegenseitigen Leistungspflichten" als eine dem synallagmatischen Vertrag innewohnende „formale Symetrie der Rechtsgrundbeziehung" sieht.
690 Dies streicht etwa *van den Daele*, Probleme gegenseitiger Verträge 53, plastisch heraus, wenn er „die synallagmatischen Figuren" des Gesetzes in „durchaus unterschiedliche dogmatische Figuren" einordnet.
691 Zurückbehaltungsrecht 75 ff mit anschaulichen Beispielen und Überlegungen.
692 Zurückbehaltungsrecht 76.

bart, sei ein Parteiwille anzunehmen, wonach die gegenseitigen Leistungen Zug um Zug auszutauschen sind.

3. Für die folgenden Überlegungen ist somit zunächst in Erinnerung zu rufen: Das Privatrecht setzt das **Prinzip des Synallagmaschutzes** keineswegs allein in der Einrede nach § 1052 ABGB oder im Entfall der Gegenleistungspflicht um; vielmehr nimmt der Synallagmaschutz durchaus **unterschiedliche Gestalt** an.

2. Synallagma und Vorleistungspflicht – Bestandsaufnahme

a. Erstbefund: Vorleistungspflicht für Schutz des Synallagmas irrelevant

Als Schutznorm der Entgeltlichkeit bildet das Synallagma den Angelpunkt der folgenden Überlegungen. Das impliziert die Frage, ob und wie sich die Vorleistungspflicht eines Teils auf eben diesen Schutz auswirkt. Eine erste, oberflächliche Betrachtung ergibt den Befund, dass die Vorleistungspflicht die **Position des Vorleistungspflichtigen im Synallagma** grundsätzlich **nicht verändert**[693]. Denn die Irrtumsanfechtung, die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit (Gefahrtragung)[694] und der Rücktritt wegen Schuldnerverzugs[695] hängen nicht davon ab, ob ein Teil vorleistungspflichtig ist oder nicht. Oder wie *Jabornegg*[696] plastisch formuliert: Die Abfolge in der Erfüllung der gegenseitigen Verpflichtungen berühre das Synallagma in seinem Kern nicht; haben sich die Vertragsparteien gegenseitig so verpflichtet, dass jeweils die eine Leistungspflicht um der anderen Willen besteht, könne dem durch Vor- und Nachleistung ebenso Rechnung getragen werden wie durch gleichzeitige (Zug-um-Zug) Erfüllung; Vor- und Nachleistungspflicht seien daher ebenso wenig als „synallagmawidrig“ zu bezeichnen, wie die Zug-um-Zug-Leistungspflicht als allein „synallagmagemäß“ anzusehen sei[697].

b. Zwei Scheinausnahmen: Art 8 Nr 21 4. EVHGB und § 1052 ABGB

1. Wer die Vorleistungspflicht für den Schutz des Synallagmas somit als irrelevant ansieht, muss allerdings mit einem Einwand rechnen; denn zwei spezi-

693 Diese Auffassung teilt auch etwa auch *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 86, der – im Anschluss an *Gernhuber*, FS Raiser 57 (66) – herausstreicht, dass „die Zug-um-Zug-Leistung kein Wesenselement des gegenseitigen Vertrages ist.“ Im Ergebnis ebenso *Kepplinger*, Synallagma 21.

694 *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 74 (bei FN 76).

695 Zur Bedeutung des Art 8 Nr 21 4. EVHGB in diesem Zusammenhang sogleich eingehend unmittelbar unten S 165 f.

696 Zurückbehaltungsrecht 87; siehe auch *denselben*, aaO 75 FN 78 mit weiteren Hinweisen aus dem deutschen Schrifttum.

697 Ganz in diesem Sinn etwa auch *U. Huber*, ZIP 1987, 750 (755 f).

elle, gesetzlich geregelte Konstellationen lassen daran – insbesondere mit Blick auf das funktionelle Synallagma – Zweifel aufkommen.

2. Bedenken nährt zum einen **Art 8 Nr 21 4. EVHGB**. Bis zu ihrer Aufhebung durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz ordnete diese Bestimmung an, dass ein Verkäufer, der die Ware übergeben und den Kaufpreis gestundet hat, der also vorgeleistet[698] hat, bei Verzug des Käufers nicht nach § 918 ABGB zurücktreten kann; damit ging das Rücktrittsrecht wegen Schuldnerverzugs – eines der zentralen Instrumente des Synallagmaschutzes (oben S 162 f) – verloren. Umstritten war, ob das Rücktrittsrecht dem Gläubiger generell, also auch außerhalb des Handelsrechts versagt sein soll, wenn er eine Vorleistungspflicht übernimmt. Überwiegend bejahte man dies[699], und zwar mit der Begründung, der Verkäufer habe „die enge synallagmatische Verbindung von Leistung und Gegenleistung gelockert", wenn er vorleistet und stundet[700]. Für eine derartige, als „synallagmaschwächend" verstandene[701] Konsequenz der Vorleistungspflicht bleibt nach dem Handelsrechts-Änderungsgesetz aber kein Raum mehr: Erstens ist die einzige Stütze für diese Sanktion im positiven Recht abhandengekommen, seitdem der Gesetzgeber Art 8 Nr 21 4. EVHGB ersatzlos aufgehoben hat[702]. Zweitens ist den

698 *W. Doralt*, RdW 2003, 8 (8 bei FN 9 mit weiteren Nachweisen).

699 *Ehrenzweig*, System² II/1, 209; *Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 49, 157, 164; *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1045 Rz 7 und § 1063 Rz 53. Ständige Rechtsprechung; erstmals OGH 2 Ob 772/21 in SZ 3/123 (zum AHGB); ferner 5 Ob 220/83 in SZ 36/95 = EvBl 1963/467 = JBl 1964, 147; 7 Ob 94/66 in JBl 1967, 316; 7 Ob 221/71 in SZ 45/112; 7 Ob 641/87 in JBl 1988, 107; 3 Ob 290/99i in JBl 2000, 727; RIS-Justiz RS0018319. Anderer Ansicht *Gschnitzer*, JBl 1967, 316 (317); *derselbe* in Klang, ABGB² IV/1, 455; *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 23; *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft 174; *derselbe*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren³ 385 f; *Kerschner* in Jabornegg, HGB Art 8 Nr 21 EVHGB Rz 1 und 8; *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 918 Rz 10; *Reidinger* in Schwimann, ABGB³ § 918 Rz 79. Bereits gegen eine analoge Anwendung der primären Vorläuferbestimmung des Art 354 AHGB *Pisko* in Klang, ABGB¹ II/2, 473 f. Vereinzelt entschied auch der OGH gegenteilig: OGH in EvBl 1950/318. Weitere Nachweise zum Meinungsstand nach der alten Rechtslage etwa bei *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1063 Rz 53. Vermutlich hat die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, die ursprünglich handelsrechtliche Vorschrift (Art 354 AHGB) ins BGB aufzunehmen, dazu beigetragen, dass sich die Analogie durchgesetzt hat, obwohl die III. Teilnovelle dem deutschen Vorbild nicht gefolgt war (*W. Doralt*, RdW 2003, 8 [8 FN 6 und 8 ff generell eingehend zur Entstehungsgeschichte des Art 8 Nr 21 4. EVHGB]).

700 *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 137; diesem folgend *E. A. Kramer* in Straube, HGB³ Art 8 Nr 21 Rz 3. Erstmals ist dieser Begründungsansatz wohl in den Protokollen zur 2. Lesung des BGB anzutreffen (Protokolle II 71).

701 Dass diese Deutung fragwürdig ist, wird noch zu erörtern sein (S 167 ff).

702 Bemerkenswert ist, dass die Gesetzesmaterialien zum HaRÄG sogar das deutsche Vorbild für Art 8 Nr 21 4. EVHGB, § 454 BGB aF, wegen zusätzlicher, in Österreich nicht übernommener Bestimmungen (§ 455 BGB aF) noch als sachgerechte Lösung referieren; zu dieser Zeit hatte der deutsche Gesetzgeber diese Regelung wegen der

Materialien[703] zu dieser Gesetzesänderung sogar explizit zu entnehmen, dass der Gesetzgeber den Vorleistenden gerade nicht mit einer Sanktion belegen, sondern ihn – ganz im Gegenteil – schützen wollte: Ein Gläubiger, der freiwillig vorleistet, erscheint besonders schutzwürdig; ihm sollen nicht auch noch die Rechte genommen werden, die ihm im Verzug des Schuldners im Allgemeinen zustehen. Er soll also – abstrakt formuliert – seinen Schutz aus dem funktionellen Synallagma in Gestalt des Rücktrittsrechts nach § 918 ABGB nicht verlieren. Hierin leuchtet eine Wertung des positiven Rechts deutlich hervor, die im schuldrechtlichen System auf den ersten Blick womöglich neu und ungewohnt wirkt: **Wer (freiwillig) vorleistet**, wird als **besonders schutzwürdig** eingestuft. Bei diesem Mechanismus, den die Materialien zum Handelsrechts-Änderungsgesetz explizit zum Einsatz bringen, handelt es sich allerdings – um eine wesentliche Erkenntnis vorwegzunehmen – keineswegs um einen Fremdkörper im Privatrecht (näher unten S 167 ff).

3. Abgesehen von Art 8 Nr 21 4. EVHGB scheint auch **§ 1052 ABGB** gegen den eingangs aufgestellten Befund zu sprechen, wonach die Vorleistungspflicht für den Synallagmaschutz keine Bedeutung hat. Denn § 1052 ABGB knüpft an die Vorleistungspflicht bekanntlich Konsequenzen, die den Schutz für das Synallagma in der Tat verschlechtern: Hat sich ein Vertragspartner zur Vorleistung verpflichtet, ist ihm – kraft Umkehrschlusses aus § 1052 Satz 2 ABGB – die Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrages versagt; er soll das Risiko der schlechten Zahlungs- und Leistungsmoral des Nachleistungspflichtigen tragen[704]. Zu behaupten, der Synallagmaschutz sei gegenüber einer Vorleistungspflicht generell immunisiert, wäre also in der Tat eine zu oberflächliche Diagnose. Allerdings beeinträchtigt die Vorleistungspflicht das Synallagma nur unter einem ganz speziellen, eng begrenzten Aspekt: Lediglich das funktionelle Synallagma verliert an Schutz; und dieser Schutz geht

---

im deutschen Schrifttum weit verbreiteten Kritik (siehe BT-Drucks 14/6040, S 204) durch das SchuldrechtsmodernisierungsG (dBGBl 2001 I 3138) bereits ersatzlos aufgehoben.

703 ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 173 f. Ebenso *Schauer* in Krejci, Reformkommentar Art XIXX HaRÄG Rz 7, und bereits – de lege ferenda – *W. Doralt*, RdW 2003, 8 (11), sowie *Bruner*, RdW 1992, 105 (105 f). Eben diese Schutzwürdigkeit des Vorleistenden klingt im Übrigen ebenso in den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks 14/6040, 204) zum deutschen SchuldrechtsmodernisierungsG an, das die deutsche Vorbildbestimmung (§ 454 BGB aF) ersatzlos aufgehoben hat (dazu unmittelbar zuvor FN 702).

704 Vgl *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 88; seine Ausführungen sind aber wohl dahin zu verstehen, dass nicht schon die bloße Vorleistungs*pflicht*, sondern erst die *faktische* Befriedigung des Vertragsinteresses des Nachleistungspflichtigen durch Erbringung der Vorleistung nachteilig auf dessen Zahlungsmoral wirkt. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Kepplinger*, Synallagma 21, die allerdings zu pauschal formuliert, wenn sie davon ausgeht, dass die Vorleistungspflicht das Synallagma generell – also nicht bloß das *funktionelle* Synallagma – lockert (dazu sogleich im Text).

nicht ganz verloren, sondern ist nur abgeschwächt, soweit die Einrede nach § 1052 ABGB betroffen ist. Dass diese Einrede nicht zur Verfügung steht, ist die **einzige negative Konsequenz**, die aus einer Vorleistungspflicht für den Synallagmaschutz folgt. Nicht berührt sind hingegen insbesondere die Rechtsbehelfe, die dem Vorleistungspflichtigen bei Unmöglichwerden der Gegenleistung oder (seit Inkrafttreten des Handelsrechts-Änderungsgesetzes) bei Schuldnerverzug offenstehen. Mit anderen Worten: Auch der Vorleistungspflichtige kann den **Schutz des Synallagmas** nach all jenen Leistungsstörungsregeln geltend machen, die an das Ausbleiben der Leistung anknüpfen[705]. Demnach lässt sich nicht sagen, dass die Vorleistungspflicht den Synallagmaschutz *aufhebt*. Sofern man überhaupt annimmt, dass sich eine Vorleistungspflicht auf den Synallagmaschutz auswirkt – was in dieser Allgemeinheit fragwürdig ist (dazu sogleich) –, ist es deshalb vorzugswürdig, lediglich davon zu sprechen, dass das Synallagma *gelockert* ist[706].

c. Besondere Schutzwürdigkeit infolge Vorleistungspflicht

1. Das Handelsrechts-Änderungsgesetz hat nicht bloß eine Sanktion beseitigt, die den vorleistenden Vertragsteil belastet hat; zugleich sehen die Gesetzesmaterialien[707] den Vorleistenden als **besonders schutzwürdig** an. Das mag überraschen, weil man die Vorleistung(spflicht) eines Teils gemeinhin so deutet, dass er damit **freiwillig ein Risiko übernimmt**[708]; damit lockere der Vorleistende das Synallagma, was es erfordere, ihm einige jener Rechtsbehelfe zu verwehren, auf die er normalerweise zum Schutz des Synallagmas zurückgreifen kann. Diese ratio legt man § 1052 Satz 1 ABGB bei, der die Zug-um-Zug-Einrede entfallen lässt[709]; und mit eben demselben Gedanken rechtfertigte die herrschende Auffassung die Sanktion nach Art 8 Nr 21 4. EVHGB sowie deren analoge Anwendung außerhalb des Handelsrechts[710]. Bei näherer Überlegung ist es dennoch kein systemwidriges Phänomen, dass die Gesetzesmaterialien zum Handelsrechts-Änderungsgesetz dem vorleistenden Vertragsteil besondere Schutzwürdigkeit attestieren. Dabei handelt es sich um keinen Fremdkörper, sondern sogar – gerade im Gegenteil – um ein Bauprinzip, das das Privatrecht über weite Strecken verwirklicht hat. Erkennbar

705 Dies stellt auch *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 94, fest.

706 Von einer solchen „Lockerung" des Synallagmas sprechen etwa auch *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 137 f, und OGH 6 Ob 751/82 in HS 12.241 im Zusammenhang mit der (analogen) Anwendung des Art 8 Nr 21 4. EVHGB (zu dieser siehe auch näher unten S 182 f).

707 Oben S 166 FN 703.

708 So etwa *Apathy/Perner* in KBB, ABGB⁷ § 1052 Rz 1.

709 Siehe unmittelbar oben im Text.

710 *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 137; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht³ III 206 f; OGH 6 Ob 751/82 in HS 12.241. Kritisch *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 85 FN 108; beipflichtend *Kramer* in Straube, HGB³ Art 8 Nr 21 4. EVHGB Rz 1.

wird dies an den gesetzlichen Regeln für zahlreiche Austauschverträge, bei denen die **Vorleistung(spflicht)** einer Seite typisch oder auf Grund der **Vertragsnatur** kaum zu vermeiden ist.

2. Zu denken ist zunächst an **Dauerschuldverhältnisse**, die für einen der Vertragsteile eine kontinuierliche Leistungspflicht vorsehen, etwa Bestand- und Arbeitsverhältnisse. Hier ist es faktisch nicht möglich, dass die Parteien ihre Leistungen Zug um Zug abwickeln; ein Teil muss jedenfalls vorleisten[711]. Im **Bestandverhältnis** trifft nach dem dispositiven gesetzlichen Modell (§ 1100 ABGB) die Vorleistungspflicht den Bestandgeber[712]. Aus eben diesem Grund erachten ihn die Gesetzesmaterialien[713] als **schutzwürdig**[714]; seine Ansprüche sind deshalb doppelt privilegiert: Ihm kommt nicht nur ein gesetzliches Pfandrecht zu (§ 1101 ABGB); überdies verzichtet die Rechtsordnung darauf, dieses Sicherungsrecht davon abhängig zu machen, dass das strenge Faustpfandprinzip (§ 451 ABGB) eingehalten ist[715]. Deckungsgleich gestaltet sich im Übrigen die Rechtslage im deutschen Bestandrecht[716]. Zwar

711 Dies hat schon *K. Adler*, FS Zitelmann 1 (6), zutreffend herausgearbeitet; ihm folgend *F. Bydlinski*, FS Steinwenter 140 (143). Zu dieser Charakteristik von Dauerschuldverhältnissen eingehend auch *Riss*, Erhaltungspflicht 95 ff (insbesondere 99 mit weiteren Hinweisen).

712 In der Praxis ist diese Konstellation kaum mehr anzutreffen, weil bei Immobilienbestandverträgen eine gegenteilige Verkehrssitte und gesetzliche Sonderregeln bestehen; auch sonst treffen die Parteien zumeist eine abweichende Vereinbarung (§ 1102 Satz 1 ABGB). Siehe nur *Rassi* in KBB, ABGB[7] § 1100 Rz 1; *Riss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.02] § 1100 Rz 1.

713 Herrenhausbericht 194.

714 Bereits im römischen Recht dürften solche Überlegungen eine Rolle gespielt haben; eingehend *Östergren*, Gesetzliches Pfandrecht 7 f.

715 *Zeiller*, Commentar II 255; *Demelius*, Pfandrecht 31; *Reckenzaun*, Bestandgeberpfandrecht 1 f; *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1366); OGH 3 Ob 34/85 in MietSlg 37.156. *Heck*, Sachenrecht § 106 II.3 (S 430), spricht – in Abgrenzung zum „gesetzlichen Faustpfandrecht“ – daher vom sogenannten „Einbringungspfandrecht“, das zumindest immer noch „eine gewisse räumliche Grundlage“ gewährleiste. *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 143, verlangt, dass sich die Sachen des Schuldners „zumindest in einem erweiterten Herrschaftsbereich“ des Vorleistenden befinden. Zu dieser Privilegierung de lege ferenda kritisch *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 17 f mit weiteren Hinweisen. Immerhin scheinen im heutigen Bestandgeberpfandrecht zumindest Überreste einer Regelung vorhanden, die angestrebten hat, das Faustpfandprinzips annähernd zu verwirklichen: Wie *Geller*, ZBl 1, 8 (32), herausstreicht, wurzelt dieses Sicherungsrecht „in der Macht […], die der Vermiether über die Wohnung und damit alles darin Befindliche hat, und [ist] daher nur wirksam, so lange die Illaten und Invecten sich in der Wohnung befinden.“ Dass das Bestandgeberpfandrecht das Faustpfandprinzip vollends über Bord wirft, lässt sich auch deswegen nicht sagen, weil das Pfandrecht erlischt, wenn die Gegenstände (vor ihrer pfandweisen Beschreibung) aus dem Bestandobjekt entfernt werden, wogegen dem Bestandgeber ein Perklusionsrecht (§ 1101 Abs 2 ABGB) zusteht (dazu auch unten S 188 f FN 799).

716 Auch dort ist ein gesetzliches Pfandrecht des Bestandgebers vorgesehen (§ 562 und

hat die herrschende Auffassung[717] eine solche Parallele bisher noch nicht in Erwägung gezogen, doch liegt es nahe, auch das besondere **Zurückbehaltungsrecht der Gastwirte** (§ 970c ABGB) als eine Privilegierung[718] zu verstehen, die ihren Grund – so wie das gesetzliche Bestandgeberpfandrecht[719] – in der Vorleistung[720] des Gastwirts hat[721].

§ 581 Abs 2 sowie § 592 BGB), das man im Übrigen ebenfalls mit der Vorleistungspflicht in Zusammenhang bringt (*K. Adler*, FS Zitelmann 1 [6]). Nachdem der deutsche Gesetzgeber die ursprünglich normierte Vorleistungspflicht des Vermieters (§ 551 BGB aF) aufgehoben hat (nunmehr tritt der Mieter in Vorlage: § 556b Abs 1 BGB), stellt man für den deutschen Rechtsbereich allerdings infrage, ob das Bestandgeberpfandrecht noch zu rechtfertigen ist; denn ein besonderes Sicherungsinteresse des Vermieters sei nun nicht mehr erkennbar (*Artz* in MünchKomm-BGB[9] § 562 Rz 3).

717 Überwiegend deutet man das dem Gastwirt eingeräumte Zurückbehaltungsrecht als einen Ausgleich dafür, dass ihn eine verschärfte Haftung (§ 970a ABGB) trifft: *Koritschan*, JBl 1935, 228 (229); *Gschnitzer* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/1, 674; *Parapatits* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 970c Rz 1; *Weixelbraun-Mohr* in KBB, ABGB[7] § 970c Rz 1; *Karner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.05] § 970c Rz 1; so auch *Werner* in Staudinger, BGB (2020) § 704 Rz 1. Zweifelnd allerdings *Rummel*, JBl 1977, 521 (526 f); kritisch auch *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 196 ff; *Henssler* in MünchKomm-BGB[9] § 704 Rz 1.

718 Die Privilegierung ergibt sich aus der Gegenausnahme zu § 1440 ABGB, wonach ein Zurückbehaltungsrecht an in Verwahrung gegebenen Sachen ausgeschlossen ist (Herrenhausbericht 183).

719 In diesem Sinn gegen die in Österreich herrschende Ansicht (FN 717) *Henssler* in MünchKomm-BGB[9] § 704 Rz 1; sich auf beides stützend *Östergren*, Gesetzliches Pfandrecht 36. Dafür, dass diese Privilegierung mit der verschärften schadenersatzrechtlichen Haftung zusammenhängt, bieten die Materialien (Herrenhausbericht 183) keine Anhaltspunkte. Vielmehr wird dort hervorgehoben, dass dieses Sicherungsmittel nicht bloß die Vermieteransprüche des Gastwirts sichern soll; dies lässt sich wohl als Indiz dafür werten, dass die Gesetzesverfasser dieses Instrument als mit dem Bestandgeberpfandrecht verwandt angesehen haben. Das Bestandgeberpfandrecht ist nun aber – wie erwähnt (unmittelbar oben im Text) – dadurch legitimiert, dass sich der Bestandgeber in einer Vorleistungssituation befindet. Noch deutlicher kommt dies im deutschen Pendant (§ 704 BGB) zum Ausdruck, auf den die österreichischen Gesetzesmaterialien (Herrenhausbericht 183) ausdrücklich Bezug nehmen; dort findet sich sogar ein ausdrücklicher Normverweis auf das Bestandgeberpfandrecht. Das deutsche Schrifttum versteht die Sicherung des Gastwirts – meines Erachtens überzeugend – daher als einen Sonderfall des Bestandgeberpfandrechts (*Henssler*, aaO).

720 Sie ergibt sich für den Beherbergungsvertrag – im Sinne der von der überwiegenden Ansicht auf gemischte Verträge anzuwendenden Kombinationstheorie (siehe nur *Riedler* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 859 Rz 16 mit weiteren Hinweisen) – aus § 1100 und § 1170 ABGB.

721 Dies streicht *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 199, explizit heraus: Die „latente Anspruchsgefährdung“ infolge der „betriebstypischen Vorleistung“ sei einer der Hauptgesichtspunkte, die es angemessen erscheinen lassen, dem Gastwirt eine gesetzliche Sicherheit zuzuerkennen; *Jabornegg* (aaO 168 und 197) sieht ebenfalls eine Verwandtschaft zum Bestandgeberpfandrecht.

Ähnlich stellt sich die Situation im **Versicherungsverhältnis** dar: Aus der Natur des Versicherungsverhältnisses folgt, dass der Versicherungsnehmer vorleistet (§ 35 VersVG)[722]. Es ist nicht abwegig anzunehmen, dass die Vorleistungspflicht des Versicherungsnehmers Grund und Rechtfertigung dafür ist, seine Forderungen in der Insolvenz des Versicherers gegenüber anderen Insolvenzforderungen zu privilegieren (§ 312 Abs 2 und § 314 VAG 2016)[723].

Vergleichbar ist die Problemlage in **Arbeitsverhältnissen**: Der Dauerschuldcharakter der Arbeitsleistung macht eine Vorleistungssituation ebenfalls de facto unausweichlich[724]. Regelmäßig hat der Arbeitnehmer vorzuleisten (§ 1154 ABGB; § 15 AngG[725]). Dass die Rechtsordnung ihn als schutzwürdig ansieht, zeigt der Schutzmechanismus des Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetzes (IESG); er soll den Arbeitnehmer dagegen absichern, dass er infolge Insolvenz des Arbeitgebers seine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verliert (§ 1 Abs 2 IESG)[726].

3. Häufig herrscht ferner bei **Werkverträgen** sowie bei Verträgen mit werkvertraglichen Elementen eine Vorleistungssituation. Nach dem gesetzlichen Modell tritt der Werkunternehmer bis zur Abnahme des Werks mit seinen Leistungen in Vorlage (§ 1170 Satz 1 ABGB)[727]. Wegen der Vertragsnatur ist eine Vorleistungspflicht in der Regel kaum zu vermeiden. Das hat den österreichischen Gesetzgeber in zwei Situationen, die sich durch besondere Insolvenzanfälligkeit auszeichnen, dazu bewogen, die vorleistungspflichtige Partei zu privilegieren. Zu nennen ist zum einen die **Bauhandwerkersicherung**: Der Unternehmer eines Bauwerks hat das unabdingbare Recht[728], die Sicherstellung eines Fünftels des vereinbarten Entgelts zu verlangen (§ 1170b

722 Trotz der in §§ 38 f VersVG geregelten Verzugsfolgen liegt kein Zug-um-Zug-Austauschverhältnis vor (*Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 68 FN 33; siehe auch *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht[3] 216 ff, insbesondere 217).

723 Dazu *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht[3] 310; *Perner*, Privatversicherungsrecht Rz 5/56.

724 *K. Adler*, FS Zitelmann 1 (6); ihm folgend *F. Bydlinski*, FS Steinwenter 140 (143).

725 Typischerweise wird in Kollektiv- und Angestelltendienstverträgen monatliche Fälligkeit vereinbart (*Marhold-Weinmeier* in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 15 Rz 18).

726 ErläutRV 464 BlgNR14. GP 6. Durch das IESG wurde ein öffentlich-rechtlicher Fonds eingerichtet, der dieses Risiko nach Art einer Versicherung übernimmt. Dazu etwa *Liebeg*, ÖJZ 1990, 680 (680); *Buchegger*, Insolvenzrecht[3] 276 f.

727 Dies streichen etwa *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 69 bei und in FN 38, sowie *Emmerich* in MünchKomm-BGB[9] § 320 Rz 20 (unter Hinweis auf die deutsche Parallelbestimmung des § 641 BGB) explizit heraus.

728 Es handelt sich dabei um keinen Anspruch des Werkunternehmers, sondern bloß um eine Obliegenheit des Werkbestellers (*B. Jud*, ecolex 2004, 12 [14]; *Bollenberger*, RdW 2006, 199 [199]; *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 155 [155]; *M. Bydlinski* in KBB, ABGB[7] § 1170b Rz 7).

ABGB[729]). Nach den Gesetzesmaterialien[730] ist dies eine Vorkehrung, um das – sich aus der Vorleistung ergebende – Insolvenzrisiko zu vermindern[731]. Hierin liegt keine systemwidrige Sonderregel, wie ein Blick in die deutsche Rechtsordnung deutlich macht. Dort sichert das **gesetzliche Unternehmerpfandrecht** (§ 647 BGB) ganz generell jeden Werkunternehmer[732]; man begründet dies ebenfalls damit, es sei notwendig, die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers auszugleichen[733]. Zum anderen sieht der Gesetzgeber selbst dort ein korrekturbedürftiges Risiko für den Vorleistungspflichtigen, wo sich die Vorleistungspflicht nicht aus dem gesetzlichen Modell ergibt (§ 1170 Satz 1 ABGB), sondern aus einer **privatautonomen Vereinbarung**, wenn der Vorleistungspflichtige das Risiko also „freiwillig“ übernommen hat: Verpflichtet sich der Erwerber im Rahmen eines **Bauträgervertrags**, Zahlungen an den Bauträger zu leisten, bevor das Vertragsobjekt fertiggestellt ist, hat ihn der Bauträger gegen den Verlust dieser Zahlungen zu sichern (§ 7 iVm § 1 BTVG). Ein weiteres Mal gewährt das Privatrecht dem Vorleistungspflichtigen eine Besserstellung gegenüber den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln; wiederum beruht sein Sonderschutz gerade darauf, dass er (= der Erwerber) mit der Vorleistung ein Risiko eingeht[734]. Ebenso geschützt ist der Wohnungsinteressent, der eine Vorleistungspflicht übernommen hat (Art X § 1 IRÄG 1982)[735]. Dieselbe teleologische Stoßrichtung liegt dem Verbot zu-

729 Eingefügt durch Art II Z 12 HaRÄG.

730 ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

731 Den §§ 648, 648a BGB aF (nunmehr § 650f BGB), die für die österreichische Regelung Pate gestanden sind (ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72), liegt derselbe Normzweck zugrunde: Sie sollen einen Ausgleich dafür schaffen, dass der Werkunternehmer verpflichtet ist vorzuleisten (siehe nur *Busche* in MünchKomm-BGB[9] § 648 Rz 2).

732 Gegen diesen Befund spricht auch nicht, dass man in Österreich bewusst davon abgesehen hat, ein solches gesetzliches Pfandrecht einzuführen (Herrenhausbericht 245); zwar haben die Redaktoren ein Sicherungsbedürfnis des Werkunternehmers sehr wohl bejaht, diesem sei mit dem allgemeinen Zurückbehaltungsrecht und mit der Zug-um-Zug-Einrede jedoch bereits ausreichend Rechnung getragen. Kritisch zum Fehlen einer einschlägigen Regelung *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 167. Auch im insolvenzrechtlichen Kontext appellierte man schon früh an den Gesetzgeber, eine entsprechende Privilegierung vorzusehen (*Frankl*, Revision des Concursrechts 68).

733 *Motive* BGB II 494 = Protokolle II 2227; *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 55 Rz 36 (S 766).

734 ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 9, 10 und 20.

735 Hat ein Wohnungsinteressent eine Vorleistung erbracht, indem er Beträge für die Grund-, Bau- oder sonstigen Kosten an einen Bauträger gezahlt hat, und ist vor der Übergabe des Mietobjekts über das Vermögen des Bauträgers das Insolvenzverfahren eröffnet worden, besteht zur Sicherung seines Rückzahlungsanspruchs ein gesetzliches Pfandrecht an der Liegenschaft. Es handelt sich also auch dabei um Vorkehrungen zum Schutz des vorleistenden Vertragsteils (JAB 1147 BlgNR 15. GP 29).

grunde[736], **Zahlungen des Wohnungseigentumsbewerbers** anzunehmen (§ 37 Abs 1 WEG 2002)[737].

4. Dass die Rechtsordnung Vorleistende als schutzbedürftig anerkennt, zeigen schließlich auch die meisten[738] (sonstigen) **echten**[739] **gesetzlichen Pfandrechte** (vgl § 450 ABGB) im Rahmen von gegenseitigen Verträgen[740]. Neben dem schon erwähnten Bestandgeberpfandrecht (§ 1101 ABGB; oben S 168 f) zählen dazu das Pfandrecht des Rechtsanwalts (§§ 19 f RAO)[741] sowie die gesetzlichen Pfandrechte des Unternehmensrechts zugunsten des Kommissionärs (§§ 397, 404 UGB), des Spediteurs (§ 410 UGB), des Lagerhalters (§ 421 UGB), des Frachtführers (§ 440 UGB)[742], der Eisenbahn (§ 112 EBG), des Schiffseigners (§ 77 BinnenSchiffG) und der Schiffsbesatzung (§§ 103 f

736 *Vonkilch* in Hausmann/Vonkilch, Wohnrecht[4] § 37 WEG Rz 2, spricht von einem „Vorboten" des im Text zuvor behandelten BTVG.

737 Danach sind die mit dem Wohnungseigentumsorganisator vereinbarten Zahlungen des Wohnungseigentumsbewerbers nicht fällig, solange die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum (§ 40 Abs 2 WEG 2002) nicht eingetragen ist; der Wohnungseigentumsorganisator darf sie vor Fälligkeit weder fordern noch annehmen. Auch diese Regel dient – abstrakt gesprochen – dazu, den Synallagmaschutz bei Vorleistungspflicht zu verbessern. Sie verfolgt dieses Ziel allerdings mithilfe einer etwas ungewöhnlichen Konstruktion: Der Schutz soll schon dadurch eingreifen, dass die privatautonom vereinbarte Vorleistungspflicht unwirksam bleibt (= keine Fälligkeit und keine Rückforderbarkeit entgegen § 1434 Satz 2 ABGB), solange die geforderte Sicherstellung (Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG 2002) nicht vorliegt.

738 Nicht in diesen Reigen einzureihen ist hingegen das „unbedingte Vorzugsrecht" der Oesterreichischen Nationalbank, das ebenfalls als gesetzliches Pfandrecht einzuordnen ist (*Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 10/28): Sie kann Gelder, Wechsel und sonstige Werte, in deren Innehabung sie gelangt ist, zur Befriedigung ihrer eigenen Ansprüche heranziehen oder zur Sicherstellung verwenden (§ 77 NBG 1984; BGBl 1984/50). Denn hier lässt sich nämlich keine typischerweise eintretende Vorleistungssituation ausmachen, die die Privilegierung rechtfertigt.

739 Darunter versteht man – in Abgrenzung zu den unechten gesetzlichen Pfandrechten – solche, die das das Gesetz einräumt, ohne dass es dazu erforderlich ist, einen Modus zu setzen (*Hinteregger/Pobatschnig* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 450 Rz 1; *Koch* in KBB, ABGB[7] § 450 Rz 2; *Wolkerstorfer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB[3] § 450 Rz 8; *Oberhammer/Domej* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.03] §§ 449, 450 Rz 4; der Sache nach auch bereits *Klang* in Klang, ABGB[2] II 424).

740 Diese Gemeinsamkeit der gesetzlichen Pfandrechte streichen auch *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 55 Rz 36 (S 766) heraus.

741 Danach sichert ein gesetzliches Pfandrecht die Forderungen des Rechtsanwalts aus der Vertretung und für Auslagenersatzansprüche; dieses Pfandrecht besteht an den bei ihm einlangenden Beträgen und den Kostenersatzforderungen der Partei.

742 Das Pfandrecht des Frachtführers weist zudem die Besonderheit auf, dass es über die Ablieferung der Sache hinaus fortbesteht (§ 440 Abs 3 UGB) und damit zum besitzlosen Pfandrecht werden kann (*Frotz*, Kreditsicherungsrecht 18 FN 19; *Stögerer/Preisinger* in Straube/Ratka/Rauter, UGB[4] § 440 Rz 5). Gleiches gilt für das Pfandrecht des Verfrachters (§ 623 Abs 2 UGB). Nach den Gesetzesmaterialien (*Denkschrift* HGB 265) hat im Rahmen der dahinter stehenden Interessenabwägung wiederum das beson-

iVm § 102 Z 2 BinnenSchiffG). All diese Gläubiger verbindet die Gemeinsamkeit, dass sie nach dem gesetzlichen Modell[743] vorleisten.

5. Abgesehen von diesen Bestimmungen, die vertragliche Ansprüche des Vorleistenden[744] sichern, existieren noch zahlreiche **weitere gesetzliche Sicherungsrechte** zugunsten sonstiger Forderungen, die sich daraus ergeben, dass ein Vertragsteil (teilweise freiwillig) in Vorlage getreten ist. Gesetzliche Pfandrechte sind dabei – zumindest was ihre Wirkung für den Vertragspartner als Gläubiger betrifft – **Zurückbehaltungsrechten** gleichzuhalten[745]. Sie gewähren dem Berechtigten in der Insolvenz die Stellung eines Absonderungsberechtigten (§ 10 Abs 2 IO)[746]. Alle gesetzlichen Sicherungsrechte[747]

dere Sicherungsbedürfnis des vorleistenden Gläubigers (= des Frachtführers beziehungsweise des Verfrachters) den Ausschlag gegeben.

743 § 396 UGB: Provision des Kommissionärs nach Ausführung des Geschäfts; § 409 UGB: Provision des Spediteurs nach Übergabe des Frachtgutes an den Frachtführer; § 420 Abs 2 UGB: Lagerkosten drei Monate nach Einlagerung; § 436 UGB: Beförderungskosten des Frachtführers nach Annahme durch den Empfänger; § 75 Abs 1 und 3 EBG: Überweisung der anfallenden Kosten auf den Frachtempfänger; § 436 UGB iVm § 26 BinnenSchiffG: Frachtgeld des Schiffseigners nach Annahme durch den Empfänger. Zur Vorleistungspflicht der Schiffsbesatzung aus Dienstverträgen siehe bereits oben S 170 bei und in FN 725; die Vorleistungspflicht des Rechtsanwalts folgt aus §§ 1014, 1170 ABGB.

744 Der Vollständigkeit halber sind hier auch einzelne der gesetzlichen Pfandrechte zu nennen, die das Fünfte Buch des UGB für den Seehandel festschreibt, insbesondere die Sicherung von Forderungen des Verfrachters (§§ 623 iVm 614, § 674 UGB) und der Schiffsbesatzung aus Dienst- und Heuerverträgen durch ein Pfandrecht am Schiff, seinem Zubehör und der Fracht des Schiffes (§§ 755 f iVm § 754 UGB). Der Sicherung von Forderungen von Schiffsgläubigern (§ 754 UGB) kommt sogar der Vorrang vor anderen Pfandgläubigern zu (§ 776 UGB).

745 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 140 f, der den Verdacht äußert, dass die konkrete Ausgestaltung im Einzelfall – als Zurückbehaltungsrecht oder als Pfandrecht – zu einem guten Teil von Zufälligkeiten bestimmt war (allerdings teilweise einschränkend aaO 156); *Kerschner* in Artmann, UGB[3] § 369 Rz 3 mit weiteren Hinweisen. *Geller*, ZBl 1, 8 (19) spricht sogar davon, dass sich diese „dem Inhalte nach vollkommen mit dem Pfandrechte deck[en]“. Siehe auch *Schuhmacher* in Straube/Ratka/Rauter, UGB[4] § 369 Rz 2: „stark verdinglicht“. Gegen eine Gleichstellung aber *Schenck*, Retentionsrecht 58 ff, der dies allerdings auf Basis der alten (deutschen) Rechtslage prüft.

746 Siehe nur *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 543; *Apathy* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 10 KO Rz 17; *Deixler-Hübner* in Konecny, Insolvenzgesetze § 10 IO Rz 34 f je mit weiteren Hinweisen.

747 Zu denken ist an die gesetzlichen **Pfandrechte** zur Sicherung von Aufwandersatz- und sonstigen (Regress-)Forderungen, wie sie im Wohnrecht vorgesehen sind: Das Vorzugspfandrecht für Erhaltungsarbeiten sichert Forderungen von Hauptmietern und Gemeinden, die ihnen daraus entstanden sind, dass sie dem Vermieter obliegende „privilegierte Erhaltungsarbeiten“ (§ 3 Abs 3 Z 2 MRG) in Auftrag gegeben und finanziert haben (§ 42a MRG). Näheres – insbesondere zur Anspruchsgrundlage derartiger Forderungen – bei *Tades/Stabentheiner*, ÖJZ 1994, H 1a, 1 (25 bei und in FN 127); Das gesetzliche Vorzugspfandrecht nach § 27 WEG 2002 besteht an jedem

im Detail auszuwerten, ist im gegebenen Zusammenhang nicht erforderlich. Nicht nur ist kaum ein Ertrag zu erwarten, der über die bisherigen Erkenntnisse hinausgeht. Vor allem könnte eingewendet werden, es sei nicht zulässig, sie in die bisherige Argumentation einzubeziehen, weil diese Tatbestände vor allem Aufwandersatz- oder sonstige Regressforderungen zum Gegenstand haben; im Rahmen dieser Untersuchung interessiert aber eine rechtsgeschäftlich und freiwillig übernommene Vorleistungspflicht. Hierfür sind die Tatbestände der sonstigen gesetzlichen Sicherungsrechte in der Tat nur bedingt aussagekräftig[748].

Dass es keinen Systembruch darstellt, den Vorleistenden als besonders schutzwürdig einzustufen, belegt schließlich ein Blick in den rechtshistorischen Rückspiegel; und dieser Blick muss keineswegs besonders weit zurückreichen: Erst mit dem Insolvenzrechts-Änderungsgesetz 1982 verwirklichte der Gesetzgeber den klassenlosen Konkurs. Davor unterteilte die Konkursordnung 1914, ebenso wie bereits die Concursordnung 1868[749], die **ungesi-**

Miteigentumsanteil und sichert Forderungen der Eigentümergemeinschaft gegen den Wohnungseigentümer beziehungsweise Forderungen eines anderen Wohnungseigentümers. Zweck ist wiederum besonderer Schutz in jenen Situationen, in denen ein Teil in Vorlage getreten ist (vgl BUA 2056 BlgNR 20. GP 9; *Stabentheiner*, wobl 1999, 285 [303]). Anwendungsfälle für die Sicherung von Ansprüchen, die aus einer Vorlage resultieren, sind ferner § 1321 ABGB, § 751, § 755 iVm § 725 und § 754 Z 5 UGB und § 97 BinnenSchiffG. **Zurückbehaltungsrechte** stehen etwa dem Verwahrer gegen den Herausgabeanspruch des Hinterlegers zu, wenn die verwahrte Sache wieder auftaucht, nachdem der Verwahrer für den Verlust bereits Ersatz geleistet hat (§ 980 ABGB). Schließlich sind Bergender und Finder berechtigt, die gefundene/geborgene Sache nach § 471 ABGB zurückzubehalten, um damit ihren Anspruch auf den Berge- beziehungsweise Finderlohn sowie den jeweiligen Aufwandersatzanspruch zu sichern (*Riss* in KBB, ABGB[7] § 392 Rz 1; *Müller/Eliskases* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 403 Rz 2; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 403 Rz 4; *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 6/9). Wenngleich die gesetzliche Regelung mittlerweile aufgehoben ist (Änderung des § 392 ABGB durch Art IV SPG-Novelle 2002, BGBl I 2002/104), bejaht man dieses Zurückbehaltungsrecht nach wie vor auch für den Finderlohn (*Mader* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.03] § 392 Rz 4 und § 403 Rz 2).

748 Erstens sichern die sonstigen gesetzlichen Sicherungsrechte (FN 747) oftmals keine vertraglichen Erfüllungsansprüche; das unterscheidet diese Tatbestände von der hier untersuchten Situation des vorleistungspflichtigen Vertragspartners. Zweitens und vor allem setzen einige der sonstigen gesetzlichen Sicherungsrechte voraus, dass ein Teil unabhängig von einer rechtsgeschäftlich übernommenen Verpflichtung, also unfreiwillig beziehungsweise zufällig in Vorlage tritt. Zwar ist nicht zu bestreiten, dass diese zuvor (im Text) besprochenen Zurückbehaltungs-/Pfandrechte zur Sicherung vertraglicher Erfüllungsansprüche einerseits und die sonstigen gesetzlichen Sicherungsrechte (FN 747) andererseits eng miteinander verwandt sind (*Langheineken*, Anspruch und Einrede 335 f). Dennoch unterscheidet sich die zweitgenannte Fallgruppe wesentlich dadurch, dass die Vorleistungssituation unfreiwillig beziehungsweise zufällig eingetreten ist. Dieser Umstand verbietet es meines Erachtens, die dieser Fallgruppe zugrundeliegenden Wertungen ohne Weiteres heranzuziehen.

749 RGBl 1869/1.

cherten Gläubiger in **verschiedene Klassen**. Der Gleichbehandlungsgrundsatz war damit weit weniger streng umgesetzt[750]; das implizierte, dass einzelne Gläubigerklassen gegenüber anderen privilegiert waren. **Vorrang** kam dabei vor allem jenen Gläubigern zu, die typischerweise gezwungen waren[751], Kredit zu gewähren[752], die also zum Gläubiger geworden waren, ohne dass sie ihre Gläubigerstellung von einer Sicherstellung abhängig machen konnten.

6. Das positive Recht privilegiert Vorleistende also häufig; dies indem es ihnen gesetzliche Pfandrechte und Zurückbehaltungsrechte beschert. Für das österreichische Privatrecht ist die **Vorleistungspflicht** demnach durchwegs Grund genug, den damit belasteten Vertragsteil als **schutzwürdig** anzusehen[753]. Der Zusammenhang von Vorleistungspflicht und **gesetzlich angeordneten Privilegien** fördert meines Erachtens noch eine weitere Erkenntnis zutage: Wie sich aus der einhelligen Auffassung[754] zu § 1052 ABGB ergibt, sind Zurückbehaltungsrechte generell als ein Instrument des Synallagmaschutzes einzuordnen. Soweit das Privatrecht in den zuvor angesprochenen Vorleistungskonstellationen den Vertragspartner mit einem (besonderen) Zurückbehaltungsrecht ausstattet, das über das allgemeine Zurückbehaltungsrecht nach § 1052 ABGB hinausgeht, das ihm also auch abseits eines Zug-um-Zug-Austauschverhältnisses zur Verfügung steht, **verstärkt** und **intensiviert** sich dadurch der **Schutz des Synallagmas**. Nichts anderes gilt, wenn ein gesetzliches Pfandrecht den vorleistungspflichtigen Vertragspartner sichert: Ebenso wie dem Zurückbehaltungsrecht kommt nämlich dem Pfandrecht Druckausübungs- und Sicherungsfunktion zu; unter diesem Aspekt wirkt das Pfandrecht im Wesentlichen gleich wie das Zurückbehaltungsrecht[755]. Ist ein Vorleistungspflichtiger durch gesetzliche Pfandrechte gesichert, intensiviert dies also ebenfalls den Synallagmaschutz.

750 Siehe nur *Denkschrift* KO 50; *Koziol*, FS Wesener 267 (267 f).

751 *Henckel*, FS Weber 237 (248); *Koziol*, FS Wesener 267 (272 f).

752 So gehörten zur ersten Klasse der Konkursgläubiger etwa Ärzte, Hebammen, Krankenwärter und Apotheker: § 51 Abs 1 Z 4 KO idF vor dem IRÄG 1982 (dazu etwa *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 132 f); § 43 Z 3 CO 1868 (dazu etwa *Kaserer*, Concursordnung 87).

753 Denselben Befund stellt im Kern auch *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 143 f, auf (allerdings ohne dabei die vorstehend dargelegte Einzelanalyse vorzunehmen): Werde in einem Rechtsverhältnis geradezu typischerweise vorgeleistet, so sehe dies das Gesetz – je nach den Umständen – als ausreichenden Grund an, um ein gesetzliches besitzloses Pfandrecht, ein gesetzliches Besitzpfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht zu gewähren.

754 Siehe die Nachweise oben S 162 FN 685.

755 Siehe schon oben S 173 f bei und in FN 746 f.

3. Auswertung und Erklärungsversuche

a. Zwischenresümee: kein homogenes Bild für den Synallagmaschutz bei Vorleistungspflicht

1. Nach der bisherigen Bestandsaufnahme lässt sich als Grundsatz formulieren: Im allgemeinen Privatrecht bleibt der Schutz des **Synallagmas** im Wesentlichen davon unberührt, ob eine Vorleistungspflicht besteht oder nicht. Lediglich unter einem speziellen, wenngleich sehr zentralen Aspekt des Synallagmas scheint sich die Vorleistungspflicht negativ auszuwirken, nämlich mit Blick auf den Schutz des funktionellen Synallagmas durch die Zug-um-Zug-Einrede. Darin sieht man – wie erwähnt – gemeinhin eine Konsequenz dessen, dass das **Synallagma gelockert** ist, wenn Parteien eine Vorleistungspflicht vereinbaren. Zugleich ist hervorgekommen, dass der mit einer Vorleistung(spflicht) Belastete nach den privatrechtlichen Wertungen durchwegs als **besonders schutzwürdig** einzustufen ist. Dass der Gesetzgeber hier ein besonderes Schutzbedürfnis anerkennt, belegt die Vielzahl an gesetzlichen Pfandrechten, die für Vorleistungssituationen festgeschrieben sind. Solche Pfandrechte belasten den Rechtsverkehr zugunsten von Individualinteressen[756]; sie gelangen daher nur zum Einsatz, wenn besonders gewichtige Interessen danach verlangen; konkret sind dies die Interessen des Vorleistenden. Zu seinem Schutz schafft das Privatrecht diverse Privilegien – wenngleich nicht generell, so doch immerhin in einer beträchtlichen Zahl von Fällen. Als Instrumente setzt die Rechtsordnung dafür nicht nur gesetzliche Pfandrechte ein, sondern ebenso die ihnen in der Wirkung im Wesentlichen gleichzuhaltenden Zurückbehaltungsrechte (zum Beispiel § 970c ABGB) und sonstige, teilweise neu geschaffene Sicherungsmittel (zum Beispiel § 1170b; § 7 BTVG; § 1 IESG). Abgesehen vom Sicherungsrecht an sich genießt der Vorleistende mitunter sogar noch weitere Privilegien: So ist etwa das Faustpfandprinzip zu seinen Gunsten durchbrochen[757] und er genießt Vorrang vor anderen Pfandgläubigern[758]. Abstrahierend gesprochen lässt sich aus alledem meines Erachtens ableiten: Indem das Privatrecht besondere gesetzliche Sicherungs-

756 Eben aus diesem Grund hielten schon die Redaktoren der III. Teilnovelle (Herrenhausbericht 183 und 245) die „Vermehrung gesetzlicher Pfandrechte an beweglichen Sachen [für] überhaupt nicht empfehlenswert". Dazu auch *Heck*, Sachenrecht § 106 II.1 (S 430), der herausarbeitet, dass das Privatrecht gesetzliche Pfandrechte „im Interesse der Publizität" grundsätzlich ablehnt, sie in Einzelfällen aber doch Anerkennung finden, wenn eine „gewisse räumliche Grundlage" gewährleistet ist.

757 So etwa beim Bestandgeberpfandrecht (§ 1101 ABGB), beim Pfandrecht des Frachtführers (§ 440 Abs 3 UGB) und des Verfrachters (§ 623 Abs 2 UGB; zu diesen siehe schon oben S 172 FN 742). Insofern ist es wohl ungenau, wenn *Heck*, Sachenrecht § 106 II.2 (S 430), die beiden letztgenannten als gesetzliche Faustpfandrechte kategorisiert.

758 Ein Vorrang vor anderen Pfandgläubigern besteht etwa beim Pfandrecht nach § 27 WEG 2002 sowie beim Pfandrecht der Eisenbahn (§ 112 Abs 1 Satz 2 EBG) und der

rechte zuerkennt, reagiert es durchaus konsequent auf ein **spezielles Sicherungsbedürfnis** bei Vorleistungspflicht[759]. Damit **verstärkt** es den **allgemeinen Synallagmaschutz**.

2. Insgesamt betrachtet ergibt die bisherige Analyse der Rechtsfolgen, die bei Vorleistung(spflicht) für den Synallagmaschutz vorgesehen sind, **kein stimmiges Bild**: Einerseits soll eine Vorleistungspflicht bewirken, dass das Synallagma gelockert ist; sozusagen als Sanktion hierfür werde der Synallagmaschutz reduziert. Andererseits billigt das Privatrecht dem in Vorlage tretenden Vertragsteil im Allgemeinen ein besonderes Schutzbedürfnis zu. Er ist deshalb in zahlreichen Situationen privilegiert, was die Sicherung seiner Ansprüche betrifft; damit ist auch das Synallagma zu seinen Gunsten stärker geschützt. Prima vista scheint hierin ein auffallender Bruch in den privatrechtlichen Wertungen zu liegen. Es erhebt sich die Frage, ob und wie sich dieser Bruch auflösen lässt. Wie sind diese beiden gegensätzlichen, im positiven Recht jedoch offensichtlich gleichzeitig niedergelegten Wertungen miteinander in Einklang zu bringen?

b. Erster Erklärungsversuch: zusätzliches Differenzierungskriterium rechtfertigt Verschiedenbehandlung?

1. Man könnte versuchen, die eben aufgezeigten Widersprüche aufzulösen, indem man nach einem **weiteren Belastungs- oder Ungleichgewichtsmoment** sucht, das zur Vorleistung noch hinzutritt; erst dieses weitere Tatbestandselement könnte in Kombination mit der Vorleistung das Schutzbedürfnis begründen, das es rechtfertigt, den vorleistungspflichtigen Vertragsteil zu privilegieren. Demzufolge wäre eine Vorleistung ohne zusätzliches Belastungsmoment Grund dafür, das Synallagma zu lockern, und für eine Sanktion zulasten des Vertragspartners, wie sie nach der allgemeinen Regel eingreift (§ 1052 ABGB). Tritt hingegen ein weiteres Moment hinzu, kehrt dies die Situation um und rechtfertigt es, den vorleistungspflichtigen Vertragspartner zu privilegieren, statt ihn zu sanktionieren. Der Einsatz eines geeigneten Differenzierungskriteriums könnte einen dogmatisch gangbaren Weg aufzeigen, methodisch zu begründen, dass das Privatrecht auf eine Vorleistungssituation diametral unterschiedlich reagiert, was den Schutz des Synallagmas betrifft.

2. In der Tat lassen sich derartige Momente auf der Seite des Vorleistenden in einigen der zuvor aufgezählten Regelungssituationen ausmachen: So besteht für Arbeitsverhältnisse und MRG-Mietverträge eine vom Gesetz typi-

Schiffsgläubiger (§ 776 UGB; §§ 107 ff BinnenSchiffG). Ihnen kommt im exekutionsrechtlichen Verteilungsverfahren ein Rangvorrecht zu (§ 286 Abs 3 EO).

759 Einen solchen Zusammenhang hat bereits *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 160, in speziellem Kontext (Zurückbehaltungsrecht der Gastwirte nach § 970c ABGB) herausgestrichen; dieser Gedanke ist meines Erachtens verallgemeinerungsfähig.

scherweise angenommene **Ungleichgewichtssituation**[760], die geeignet erscheint, die Privilegien des vorleistenden und zudem generell schwächeren Vertragsteils, also des Arbeitnehmers und des Mieters (§ 1 IESG; § 42a MRG), zu begründen. In den anderen zuvor[761] erörterten Konstellationen ist ein solches oder gleichwertiges Belastungsmoment, das auf der Seite des Vorleistenden hinzutritt und seine Sonderbehandlung rechtfertigen kann, jedoch nicht zu erkennen: Weder für den Vermieter (§ 1101 ABGB), noch für den Erwerber im Rahmen eines Bauträgervertrages (§ 7 BTVG)[762], noch für den Gastwirt (§ 970c ABGB) oder den Bauhandwerker (§ 1170b ABGB), den Kommissionär (§ 397 UGB), den Spediteur (§ 410 UGB), den Lagerhalter (§ 421 UGB) und den Frachtführer (§ 440 UGB) kann man behaupten, dass typischerweise eine Ungleichgewichtslage zu ihren Lasten besteht; vielmehr ist in vielen Fällen sogar vom Gegenteil auszugehen. Ebenso wenig wird ein Ungleichgewicht zulasten des Wohnungsinteressenten (Art X § 1 IRÄG 1982), der Eigentümergemeinschaft und des Verwalters (§ 27 WEG 2002) oder eines Rechtsanwalts (§§ 19 f RAO) anzunehmen sein. In all diesen Tatbeständen ist der vom Gesetz besonders geschützte Vertragsteil ausschließlich dadurch belastet, dass er in Vorlage tritt, nicht aber durch ein weiteres, noch hinzutretendes Moment. Wer versucht, die unterschiedlichen Rechtsfolgen der Vorleistungssituation zu rechtfertigen, indem er ein Belastungsmoment oder eine Ungleichgewichtssituation als Differenzierungskriterium ins Spiel bringt, wird daher meines Erachtens keinen Erfolg haben.

c. Zweiter Erklärungsversuch: Einredeentfall bei Vorleistungspflicht losgelöst vom Synallagmagedanken

1. Um die gesetzlichen Regeln über die Behandlung des Vorleistungspflichtigen in ein harmonisches Verständnis zu bringen, muss man den (Aus-)Weg

---

760 Für das Arbeitsverhältnis siehe nur statt aller *Schrammel* in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 6 Rz 10 mit weiteren Hinweisen. Für den Bereich des MRG-Mietrechts etwa *Vonkilch* in Hausmann/Vonkilch, Wohnrecht[4] § 1 MRG Rz 8 mit weiteren Hinweisen.

761 3. Kapitel § 3 C.II.2.c; S 167 ff.

762 Zwar ist das BTVG grundsätzlich auf jede Art von Bauträgervertrag im Sinne des § 2 BTVG anzuwenden, also unabhängig von der Unternehmereigenschaft des Bauträgers und unabhängig von der Verbrauchereigenschaft des Erwerbers, allerdings sind seine Regeln nur zugunsten des Verbrauchers zwingend (§ 1 Abs 2 BTVG). Man könnte daher prima vista annehmen, die Privilegierung des vorleistenden Erwerbers knüpft an eine Ungleichgewichtssituation an. Zu beachten ist jedoch, dass – wenngleich die Gesetzesmaterialien diesbezüglich missverständlich sind (ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 13) – lediglich die Verbrauchereigenschaft des Erwerbers, nicht aber das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts Anwendungsvoraussetzung ist (*H. Böhm/Pletzer* in Schwimann, ABGB[2] § 1 BTVG Rz 15; *Friedl* in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht[3] § 2 BTVG Rz 27). Die Privilegierung des vorleistenden Vertragsteils (= des Erwerbers) nach dem BTVG setzt somit ebenso wenig eine Ungleichgewichtssituation voraus.

daher anderswo suchen. Dazu ist meines Erachtens bei der **Funktionsweise von § 1052 ABGB** anzusetzen. Wie erwähnt[763] wertet die einhellige Auffassung diese Einrede als Instrument des Synallagmaschutzes; davon ausgehend ist es konsequent, dass man es als Folge eines aufgehobenen/abgeschwächten Synallagmaschutzes versteht, wenn das Privatrecht einem Vertragsteil diese Einrede versagt. Ein solcher Schluss liegt verlockend nahe, scheint aber keineswegs zwingend[764]. Gerade im Gegenteil: Man kann sogar beachtliche Bedenken dagegen anmelden, dass Vorleistungspflicht, Lockerung des Synallagmas und Entfall der Zug-um-Zug-Einrede als deren Ausfluss in einer solchen Weise teleologisch zusammenhängen. Nahrung finden Zweifel zunächst in der allgemeinen Warnung von *Jabornegg*[765], man solle sich davor hüten, das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht bloß auf den Synallagmagedanken zurückzuführen; andere Stimmen mahnen in ähnlicher Weise[766]. Sieht man das Leistungsverweigerungsrecht nicht mehr einzig und allein als Instrument des Synallagmaschutzes, ist man auch nicht mehr gezwungen, es mit der Aufhebung eben dieses Schutzes zu begründen, wenn das Leistungsverweigerungsrecht nicht zur Verfügung steht. Oder anders formuliert: Für den Entfall der Zug-um-Zug-Einrede bei Vorleistungspflicht kommen auch **andere Ursachen** in Betracht als die von der herrschenden Auffassung behauptete Lockerung des Synallagmas infolge Vorleistungspflicht. In dieselbe Kerbe schlagen einige Stimmen aus dem Schrifttum: So hat man generell angezweifelt[767] und sogar bestritten[768], das Synallagma sei allein deswegen gelockert, weil die daran Beteiligten eine Vorleistungspflicht vereinbart haben; denn der vorleistende Vertragspartner leiste genauso um der Gegenleistung willen und daher sei das Austauschverhältnis für ihn ebenfalls entscheidend.

763 Oben S 162 FN 685 samt Nachweisen; siehe insbesondere *F. Bydlinski*, FS Steinwenter 140 (142): „Die Einrede beruht ganz allgemein auf dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, dem Synallagma".

764 So auch die Überlegungen bei *van den Daele*, Probleme des gegenseitigen Vertrages 16 und 28, der einräumt, dass ein Schluss von den Rechtsfolgen (der §§ 320 ff BGB) auf eine bestimmte Struktur des Tatbestands nicht völlig sicher ist; denn es sei nicht auszuschließen, eben dieselben Rechtsfolgen aus mehreren verschiedenen Deutungen des Tatbestandes zu begründen.

765 Zurückbehaltungsrecht 93.

766 Noch weiter geht *Rittner*, FS Lange 213 (237), der (im Kontext mit der deutschen Parallelregelung des § 320 BGB) dafür plädiert, sich bei der Lösung von Fragen zu gegenseitigen Verträgen auf die spezifischen Gesetzesbestimmungen zu beschränken: „Mit dem Beschwören des Begriffs des Synallagmas ist nichts gewonnen."

767 *Walter Doralt*, RdW 2003, 8 (10 bei FN 35), unter Berufung auf die in den BGB-Materialien (Protokolle II 70) zum Ausdruck kommenden Einwände. Im Zusammenhang mit Art 8 Nr 21 4. EVHGB skeptisch auch *P. Bydlinski*, RdW 1984, 98 (100 FN 29).

768 *Van den Daele*, Probleme des gegenseitigen Vertrages 95: Man dürfe keinesfalls davon ausgehen, dass sich der Gläubiger mit der Vorleistung des Schutzes des Synallagmas begeben habe.

2. Schreitet man den gedanklichen Weg weiter entlang, der sich hinter dem damit aufgestoßenen Tor auftut, scheint vor allem eines bedeutsam: Die Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrages wird dem Vertragspartner keineswegs nur versagt, wenn er sich verpflichtet hat vorzuleisten; ebenso geht sie dem Vertragspartner jedenfalls verloren – also auch bei Zug-um-Zug-Leistungspflicht und sogar bei Nachleistungspflicht! –, sobald er **tatsächlich vorgeleistet** hat. Diese Konsequenz folgt zwingend daraus, dass der Rechtsbehelf **als Einrede konstruiert** ist[769], sie hängt also nicht mit dem Synallagma oder mit dessen Lockerung zusammen. Hat der Vertragspartner vor Fälligkeit geleistet, kann er seine Leistung auch nicht (auf Zeit) zurückfordern (§ 1434 Satz 2 ABGB)[770]; er kann den Verlust der Einrede also nicht mehr rückgängig machen[771]. Die Einrede ist damit endgültig verloren[772]. Somit erlischt die Einrede nach § 1052 ABGB jedenfalls auch **infolge faktischer Vorleistung** – sozusagen technisch bedingt allein auf Grund ihrer Funktionsweise. Diese Konsequenz, das heißt der Verlust der Einrede, muss daher – kraft Größenschlusses – umso mehr eingreifen, wenn der Vertragspartner die Leistung zwar noch nicht erbracht hat, sie aber bereits auf Grund einer Vorleistungspflicht hätte erbringen müssen[773], wenn er sich also mit anderen Worten im **Verzug** befindet. Andernfalls wäre nämlich der vorleistungspflichtige Vertragspartner, der seine Leistung trotz Fälligkeit – und damit rechtswidrig – noch nicht erbracht oder sogar verweigert hat, bessergestellt als ein Vorleistungspflichtiger, der obligationsgemäß erfüllt[774]. Damit kann

769 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 93 FN 127. Siehe auch *Schenck*, Retentionsrecht 354 f, und besonders deutlich *Luden*, Retentionsrecht 230. Ferner *Rabl*, NZ 2015, 41 (42).

770 So die herrschende Auffassung: *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 91 ff und 268 ff; *Kerschner/Geretschläger* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 1434 Rz 15; *Rummel* in Rummel, ABGB³ § 1434 Rz 4; *Kodek*, Einrede 92 ff mit weiteren Nachweisen. Dafür spricht auch, dass die Erfüllung einer verjährten Schuld nie kondiziert werden kann (§ 1432 ABGB); kann die Erfüllung einer Forderung, der eine dauernde Einrede entgegensteht, nicht zurückverlangt werden, muss dies umso mehr gelten, wo der Schuldner eine Forderung erfüllt hat, die bloß mit einer dilatorischen Einrede behaftet war (*Kodek*, aaO 96). Im Ergebnis anders aber die Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0033682) und ein Teil der Lehre (*Koziol/Spitzer* in KBB, ABGB⁷ § 1434 Rz 1).

771 Allerdings lebt das Zurückbehaltungsrecht nach herrschender Auffassung gleichsam wieder auf, wenn infolge Auflösung des Austauschverhältnisses ein Rückabwicklungsverhältnis entsteht, sowie dann, wenn die vom Zurückbehaltungsberechtigten übergebene Sache wieder in seine Gewahrsame gerät. Dazu und zu den daraus abzuleitenden Wertungen näher unten S 183.

772 Eine Ausnahme besteht nur, wenn an einen nicht voll Geschäftsfähigen geleistet wurde (§ 1421 ABGB); siehe wiederum *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 93 bei und in FN 127.

773 Siehe wiederum *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 93 f.

774 Vergleichbar ist die Sachlage beim Annahmeverzug: Ein Käufer, der die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt nicht übernimmt, kann dadurch nicht bewirken, dass der Ver-

man – wie dies auch *Jabornegg*[775] tut – den Verlust der Einrede zwanglos mithilfe eines allgemeinen (bereits mehrfach[776] ins Spiel gebrachten) Grundsatzes begründen: Niemand darf aus seinem eigenen rechtswidrigen Verhalten Vorteile ziehen. In dieses Verständnis fügt es sich meines Erachtens nahtlos ein, dass dem Vorleistungspflichtigen eine Einrede sehr wohl dann zusteht, wenn die Gegenleistung des Schuldners gefährdet ist und dies dem Vertragspartner bei Vereinbarung der Vorleistungspflicht nicht erkennbar war (**Unsicherheitseinrede**: § 1052 Satz 2 ABGB): In dieser Situation handelt der vorleistungspflichtige Vertragspartner, der die Leistung nach Verstreichen des Leistungstermins verweigert, nämlich nicht rechtswidrig[777]; es lässt sich daher nicht sagen, er zöge aus einem rechtswidrigen Verhalten Vorteile.

Bei einer derartigen Sichtweise ist es nun **überflüssig**, die **Lockerung des Synallagmas** heranzuziehen, um zu erklären, weshalb der Vorleistungspflichtige die Einrede nach § 1052 ABGB verliert. Vielmehr erlaubt es die eben skizzierte Deutung, den Verlust der Einrede (bloß) als **Konsequenz aus ihrer Funktionsweise** zu verstehen, die **konstruktiv vorgegeben und technisch nicht zu vermeiden** ist.

3. Mit diesem Zugang ist es also nicht mehr erforderlich, die an eine Vorleistungspflicht knüpfenden gesetzlichen Konsequenzen damit zu begründen, dass das Synallagma gelockert ist. Dieser Gedankengang lässt sich noch mit einer weiteren Überlegung stützen, die mittlerweile zwar als rechtshistorisch

käufer über diesen Zeitpunkt hinaus die Gefahr trägt (etwa *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[7] 188).

775 Zurückbehaltungsrecht 251 f; ihm folgend *Kerschner* in Artmann, UGB[3] § 369 Rz 5. Beide aber ohne die hier sogleich für das Verständnis des § 1052 ABGB gezogene Konsequenz zu behandeln.

776 Siehe oben S 148 bei und in FN 619 sowie S 158 f bei und in FN 666. Dieser Grundsatz ist aber noch zu präzisieren und zu relativieren; eingehend unten 3. Kapitel § 5 C.II; S 386 ff.

777 Insbesondere das mit dem DaKRÄG eingefügte **kreditvertragsspezifische Leistungsverweigerungsrecht** nach § 991 ABGB zeigt, dass es sich dabei um eine allgemeine Wertung des Privatrechts handelt (ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 13: „Ausformung der allgemeinen Unsicherheitseinrede nach § 1052 Satz 2 ABGB"; näher dazu unten S 369). Dogmatisch rechtfertigt man dies mit der Überlegung, ein Schuldner müsse seinen Vertragspartner über die eigene Insolvenzreife aufklären, wenn der Vertragspartner eine Vorleistungspflicht beziehungsweise allgemein eine Leistungspflicht begründen will, ohne die Forderung auf die Gegenleistung zu besichern; unterlässt der Schuldner die gebotene Aufklärung, kann der Vertragspartner nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen (§ 1323 ABGB) Naturalrestitution verlangen: Die (Vor-)Leistungspflicht ist bis zur Sicherstellung zu beseitigen beziehungsweise auszusetzen; im Ergebnis kann der Vorleistungspflichtige also eine (Unsicherheits-)Einrede erheben. Dazu *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 39 (insbesondere bei FN 58), der (auf Grund von Unzumutbarkeitsüberlegungen) die Einrede selbst dann gewähren will, wenn vom Vertragspartner trotz fahrlässiger Unkenntnis kreditiert wurde. Auch darauf wird noch näher einzugehen sein (unten 3. Kapitel § 5 B.IV; S 369 ff).

einzustufen ist, aber dennoch weiterhilft. Bis zum Handelsrechts-Änderungsgesetz war nicht nur das Zurückbehaltungsrecht nach § 1052 ABGB ausgeschlossen, sondern noch eine weitere Sanktion festgeschrieben, die das funktionelle Synallagma berührte: Hatte der Verkäufer die Ware übergeben und den Kaufpreis gestundet, stand ihm das Rücktrittsrecht wegen Verzugs (§ 918 ABGB) nicht mehr zu (**Art 8 Nr 21 4. EVHGB**); die herrschende Auffassung wendete diese Rechtsfolge außerhalb des Handelsrechts analog an. Man begründete die Analogie – wie bereits erwähnt[778] – damit, dass in Art 8 Nr 21 4. EVHGB eine **Lockerung des Synallagmas** zum Ausdruck kam. Vorleistungssituation und Schwächung des Synallagmas waren demnach also miteinander verknüpft. Dagegen sind meines Erachtens erhebliche Bedenken anzumelden. Denn bei einer solchen Sichtweise ist nämlich – wie man überzeugend betont hat[779] – nicht zu erklären, weshalb die synallagmaschwächende Sanktion nur bei Vorleistung des Verkäufers (Kreditkauf), nicht aber ebenso im umgekehrten Fall, also bei Vorleistung des Käufers (Pränumerationskauf) angeordnet war[780]. Art 8 Nr 21 4. EVHGB ließ sich deshalb nur überzeugend deuten, sofern man seine ratio darin sah, **Rückabwicklungsprobleme zu vermeiden**[781]; bloß so ließ sich begründen, weshalb diese Bestimmung nur die Vorleistung der Ware, nicht aber die Vorleistung des Kaufpreises sanktionierte[782]. Auf Grund solcher Überlegungen lehnten es

778 Oben S 165 bei und in FN 700 mit Nachweisen.

779 *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren[3] 386; *Reischauer* in Rummel, ABGB[3] § 918 Rz 10a; *P. Bydlinski*, RdW 1984, 98 (102); *Bruner*, RdW 1992, 105 (105 f); *Walter Doralt*, RdW 2003, 8 (10 bei FN 35).

780 Zwischen Kreditierung von Geld und von Waren zu unterscheiden, ist generell kaum zu rechtfertigen; überzeugend *Ehrenzweig*, Zahlungsunfähigkeit 13 f: Es sei „vom wirtschaftlichen Standpunkte die Situation da wie dort die gleiche". Siehe dazu auch die Hinweise unten S 296 bei und in FN 1195.

781 Demnach bezweckte Art 8 Nr 21 4. EVHGB, der Schnelllebigkeit des kaufmännischen Warenverkehrs zu entsprechen: Indem die Bestimmung dem Verkäufer – aber eben nur dem Verkäufer – das Rücktrittsrecht versagte, verhinderte sie, dass eine Sachleistung rückabzuwickeln war; denn im kaufmännischen Verkehr sei typischerweise mit nachfolgenden Verfügungen des Käufers über die Ware zu rechnen, sodass die Rückabwicklung den Verkehr besonders belastet hätte (*Pisko* in Staub/Pisko, AHGB[3] Art 354 Rz 12 [S 639]; *derselbe*, Lehrbuch 186 f; *Gschnitzer* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/1, 455; zustimmend *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren[3] 386); in diesem Sinn auch schon die BGB-Materialien (Protokolle I 651 f). Dies hätte wohl auch mit dem Standpunkt von *Reischauer* (in Rummel, ABGB[3] § 918 Rz 10 unter Berufung auf den gegenüber der Vorbildregelung des § 454 BGB aF geänderten Wortlaut: „Übergabe der Ware" anstatt „Vertragserfüllung") und *Gschnitzer* (aaO) harmoniert, die eine analoge Anwendung im allgemeinen Zivilrecht ablehnten, weil die Regelung sehr wohl an handelsrechtliche Besonderheiten angeknüpft habe.

782 Nicht zu überzeugen vermag hingegen der Erklärungsversuch von *van den Daele*, Probleme gegenseitiger Verträge 95: Zwar ist auch nach Auffassung dieses Autors nicht davon auszugehen, dass sich der vorleistende Vertragsteil mit der Vorleistung des Synallagmaschutzes begebe. Dass (nur) der Warenschuldner das Rücktrittsrecht

mehrere Autoren ausdrücklich ab, die teleologische Wurzel dafür, dass Art 8 Nr 21 4. EVHGB das Rücktrittsrecht ausschloss, darin zu sehen, das Synallagma sei infolge Vorleistung gelockert[783]. Ihnen ist meines Erachtens beizupflichten.

Deutet man Art 8 Nr 21 4. EVHGB auf diese Weise, strahlt das auf die hier unternommene Suche nach dem Telos dafür aus, weshalb die Einrede nach § 1052 ABGB bei Vorleistung entfällt. Präzise betrachtet bot Art 8 Nr 21 4. EVHGB demnach nie einen Anhaltspunkt dafür, dass die Vorleistung(spflicht) das Synallagma lockert. Das stützt die zuvor entwickelte These: Dass der Vorleistungspflichtige nach § 1052 ABGB seine Einrede verliert, folgt **nicht** daraus, dass die Vorleistungspflicht das **Synallagma lockert**; denn eine solche Sanktion ist (beziehungsweise: war) weder in Art 8 Nr 21 4. EVHGB noch sonst irgendwo vorgesehen.

4. Dass die Zug-um-Zug-Einrede bei Vorleistungspflicht entfällt, kann man mit den eben angestellten Überlegungen meines Erachtens zufriedenstellend erklären, **ohne** das **Synallagmakonzept** bemühen zu müssen. Die hier vertretene Deutung lässt sich mit einem weiteren Gesichtspunkt absichern: Die Zug-um-Zug-Einrede wird nach einhelliger Auffassung ebenso im **Rückab-**

---

bei Vorleistung verliere (§ 454 BGB aF), sei gerechtfertigt, weil die noch ausstehende Leistung in Geld zu erbringen sei; sie könne zwar verzögert aber nicht unmöglich werden, sodass „eine gänzliche und endgültige Vereitelung des vertraglichen Austauschzwecks nicht eintreten" könne. Zunächst lässt sich diesem Ansatz aus heutiger rechtstatsächlicher Sicht entgegenhalten, dass er implizit von einer, in früheren Zeiten herrschenden Warenknappheit ausgeht und daher eine Ersatzbeschaffung durch den Warenschuldner für unmöglich hält (siehe auch *Treitschke*, AcP 22, 422 [432]); im Wirtschaftsleben des 21. Jahrhunderts treten solche Phänomen aber selten auf (siehe in diesem Zusammenhang etwa auch die Erwägungen des Gesetzgebers zur Änderung/Aufhebung des § 362 HGB durch das HaRÄG: ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 58 f; *Schauer* in Krejci, Reformkommentar § 362 HGB Rz 2). Zweitens und vor allem berücksichtigt v*an den Daele* meines Erachtens nicht ausreichend, dass das Rücktrittsrecht wegen Verzugs nicht allein dazu dient, sich vor dem endgültigen Unmöglichwerden der Gegenleistung zu schützen; vielmehr verfolgt es auch den Zweck, sich von einem nicht innerhalb angemessener Nachfrist leistenden Vertragspartner zu lösen. Die oben im Text referierte und auch hier vertretene teleologische Deutung von § 454 BGB aF und Art 8 Nr 21 4. EVHGB – Regelungszweck ist es, Rückabwicklungsprobleme zu vermeiden – erscheint gegenüber *van den Daeles* Begründungsansatz daher vorzugswürdig.

783 *Reischauer* in Rummel, ABGB^3 § 918 Rz 10; in diesem Sinn wohl auch *Walter Doralt*, RdW 2003, 8 (9).

wicklungsverhältnis gewährt[784]. Meist[785] begründet man dies mit analoger Anwendung von § 877 ABGB, manche[786] berufen sich (daneben auch) auf §§ 1052, 1062 ABGB; teilweise[787] wird der hypothetische Parteiwille ins Spiel gebracht. Für die Rückabwicklung infolge Rücktritts vom Verbrauchergeschäft nach §§ 3 f KSchG ist das Zug-um-Zug-Prinzip sogar ausdrücklich im Gesetz verankert (§ 4 Abs 1 KSchG; § 14 Abs 3 FAGG). Gemein ist allen genannten Fällen eines: Dass die Zug-um-Zug-Einrede dem Bereicherungsschuldner nur zusteht, wenn er im aufgelösten beziehungsweise nichtigen Austauschverhältnis nicht zur Vorleistung verpflichtet war, fordert – soweit überblickbar – niemand; ganz im Gegenteil sprechen sich Teile der Lehre[788] sogar explizit dafür aus, die Einrede dem Bereicherungsschuldner im Rahmen

784 *Pfersche*, Irrtumslehre 151 f; *Gschnitzer* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/1, 159; *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 91; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1052 Rz 14; *Spitzer/Kodek* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1052 Rz 54; *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren³ 403; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^1.08 § 1052 Rz 3; RIS-Justiz RS0016312. Auch in der Insolvenzanfechtung: *Karollus*, ÖBA 1988, 123 (128 ff); *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 41 KO Rz 18; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 41 Rz 8; differenzierend *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.17 ff.

785 Argumento: „dagegen auch alles zurückzustellen" (*Ehrenzweig*, System² II/1, 743; explizit gegen dieses Wortlautargument aber *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 169). Speziell für den Rücktritt wegen Verzugs etwa *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 516, und OGH 3 Ob 612/52 in SZ 25/263; RIS-Justiz RS0016341; bei Wegfall der Geschäftsgrundlage: 7 Ob 802/76 in NZ 1980, 37; infolge gewährleistungsrechtlicher Wandlung etwa: 7 Ob 541, 542/95 in RdW 1996, 108; bei Nichtigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB wegen Fehlens der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung: 6 Ob 265/01s in MietSlg 54.094.

786 *Ehrenzweig*, System² II/1, 743; *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 91; *Wilburg* in Klang, ABGB² VI 485; *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 184; *Spielbüchler,* JBl 2001, 38 (43).

787 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 103.

788 So explizit *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 91 bei FN 161. Von den dort zitierten (aaO FN 161) OGH-Judikaten erscheinen allerdings nur zwei einschlägig, doch selbst diese dürften für die hier konkret in Diskussion stehende Frage nicht unmittelbar aussagekräftig sein: In der Entscheidung 3 Ob 612/52 (in SZ 25/263) hat der OGH dem Vorbehaltskäufer die Zug-um-Zug-Einrede bei Rückabwicklung nach Rücktritt wegen Verzugs mit der Kaufpreiszahlung zugestanden; dies belegt allerdings wohl nicht *Wahles* Auffassung, zumal durch die Vorbehaltsabrede das Zug-um-Zug-Prinzip im ursprünglichen Austauschverhältnis ohnehin nicht über Bord geworfen wird, sondern man sich damit diesem Prinzip beim Vorbehaltskauf ganz im Gegenteil sogar annähert (siehe nur *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 213; *P. Bydlinski*, RdW 1984, 98 [100 f]). In der Entscheidung 1 Ob 45/54 (in EvBl 1954/273) war vom OGH zu prüfen, ob der Liegenschaftsverkäufer die Rückzahlung der erhaltenen Kaufpreisanzahlung davon abhängig machen konnte, dass er die Kaufsache zurückstellt; hier war also entscheidend, ob dem im ursprünglichen Austauschverhältnis *nach*leistungspflichtigen Vertragsteil die Zug-um-Zug-Einrede im Rückabwicklungsverhältnis erhalten bleibt.

der Rückabwicklung selbst dann zu gewähren, wenn die Leistungen im rückabzuwickelnden Austauschverhältnis gar nicht Zug um Zug zu erbringen waren. Sieht man es aber – wie das klassische Verständnis – als Lockerung des (funktionellen) Synallagmas an, wenn sich jemand verpflichtet, in einem Austauschverhältnis vorzuleisten, und soll dadurch das Schutzinstrument der Einrede nach § 1052 ABGB verloren gehen, müsste dieselbe Sanktion konsequenterweise ebenso eingreifen, wenn das Austauschverhältnis rückabzuwickeln ist[789]. Diese Konsequenz zieht man aber gerade nicht. Es wird nicht danach unterschieden, ob der Bereicherungsschuldner im rückabzuwickelnden Leistungsaustausch vorleistungspflichtig war oder nicht; er hat die Zug-um-Zug-Einrede als Instrument des **Synallagmaschutzes** jedenfalls zur Hand. Im Rückabwicklungsverhältnis lebt also der Schutz des funktionellen Synallagmas gleichsam wieder auf, nachdem er dem Vertragspartner wegen seiner Vorleistungspflicht im Leistungsaustausch versagt wurde. Auch darin liegt meines Erachtens ein Indiz dafür, dass die Einrede nicht wegen der behaupteten Lockerung des Synallagmas für den Vorleistungspflichtigen verloren geht, sondern wegen der oben skizzierten konstruktiven Konsequenz[790]. Entscheidend für die Einrede ist also vielmehr, dass der Bereicherungsschuldner (nun wieder) etwas in Händen hält, das er zurückhalten kann; dieser Gedanke wird sich an späterer Stelle[791] noch als zentral erweisen.

5. *Jabornegg*[792] hat den Bestimmungsgrund des Zurückbehaltungsrechts grundlegend untersucht. Die hier entwickelte These befindet sich mit seinen Ergebnissen in Einklang. Überzeugend legt *Jabornegg* dar, der sogenannte Vermögenshaftungsgedanke – oder genauer: der **Gedanke erleichterter Realisierung der Vermögenshaftung** – sei Fundament dafür, ein allgemeines

789 Siehe *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 103: Um die erfolgte Leistung bereicherungsrechtlich zu bewerten, müsse man auf die fehlende oder weggefallene schuldrechtliche Beziehung zurückgreifen; daher sei – so *Jabornegg* – zu berücksichtigen, dass sich schon aus der Schuldrechtsbeziehung konkrete Folgerungen für den Fall ableiten lassen, dass diese fehlt oder nachträglich wegfällt. Zustimmend *Spielbüchler*, JBl 2001, 38 (43).

790 Dass die herrschende Auffassung die Zug-um-Zug-Einrede im Rückabwicklungsverhältnis vorbehaltlos anwendet, hält auch *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 176 f, für erklärungsbedürftig. Anders als hier vertreten, folgert *Jabornegg* daraus aber nicht unmittelbar, dass die Vorleistungspflicht für den Synallagmaschutz grundsätzlich irrelevant ist. Die Zug-um-Zug-Einrede im Rückabwicklungsverhältnis begründet er damit, dass es hierfür nicht darauf ankommt, ob ein synallagmatisches Austauschverhältnis vorliegt; Voraussetzung sei lediglich eine konditionale Pflichtenbeziehung. Im Kern stimmt das hier erzielte Ergebnis mit *Jaborneggs* Sichtweise überein, denn die von *Jabornegg* geforderte konditionale Pflichtenbeziehung ist bei Vorleistungspflicht ebenfalls gegeben.

791 Unten 3. Kapitel § 4 C; S 237 ff.

792 Zurückbehaltungsrecht 126 ff dazu und zum Folgenden.

Zurückbehaltungsrecht anzuerkennen. Ausgangspunkt ist für ihn die Überlegung, der Schuldner habe für Verbindlichkeiten mit seinem gesamten Vermögen einzustehen. Um seine Forderung zu befriedigen, könne der Gläubiger also auf beliebige Sachen des Schuldners greifen; deshalb sei es dem Gläubiger möglich, in erster Linie auf solche Sachen des Schuldners zu greifen, die sich bereits (aus anderen Gründen) in seinen Händen befinden. Soweit der Gläubiger seine Forderung aus den in seinen Händen befindlichen Vermögenswerten des Schuldners befriedigen könne, müsse ihm auch gestattet werden, diese Vermögenswerte zum Zweck der Sicherung zurückzubehalten. Mit der Zurückbehaltung konkretisiere sich demnach die Vermögenshaftung des Schuldners. *Jabornegg* übersieht dabei nicht, dass man sich in ein Spannungsverhältnis mit der Friedensfunktion der Rechtsordnung und dem daraus erfließenden Verbot von Eigenmacht begibt, das bei Schutz, Sicherung und Durchsetzung von Rechten Selbsthilfe verbietet. Eine solche Kollision mit dem Verbot eigenmächtiger Rechtsdurchsetzung sei aber beim Zurückbehaltungsrecht – so *Jabornegg*[793] – „von vornherein nicht gegeben“, weil nur jene Eigenmacht verpönt sei, die den äußeren Status quo gewaltsam ändere. Die bloße Nichtleistung des Geschuldeten bedeute zwar eine Verletzung des Rechts, aber keine Verletzung des Rechtsfriedens.

Dieses – meines Erachtens treffende – Verständnis vom Bestimmungsgrund des Zurückbehaltungsrechts harmoniert mit der hier entwickelten These. Nach *Jabornegg* setzt nicht einmal das Zurückbehaltungsrecht selbst zwingend ein Zug-um-Zug-Austauschverhältnis voraus[794]. Das bedeutet: Wer einem Leistungsschuldner das Zurückbehaltungsrecht versagt, muss diese Sanktion nicht unbedingt damit begründen, dass das Austauschverhältnis gelockert ist. Auch unter diesem Gesichtspunkt muss man es demnach nicht als Symptom einer Synallagmalockerung deuten, wenn die Einrede nach § 1052 ABGB für den Vorleistungspflichtigen entfällt; daher ist es nicht zwingend, eine solche Lockerung anzunehmen, wenn sich der Vertragspartner verpflichtet hat vorzuleisten.

4. Resümee und Schlussfolgerungen

a. Vorleistungspflicht lockert das Synallagma nicht

1. Zeit, an den Ausgangspunkt der Überlegungen zurückzukehren: Wie ist der vorleistungspflichtige Vertragspartner in der Insolvenz des Schuldners zu behandeln? Wie sind § 21 und § 46 IO auszulegen? Diese Fragen zu beant-

793 Zurückbehaltungsrecht 130 f.

794 Zwar kennt *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 132 ff, auch ein Zurückbehaltungsrecht kraft Austauschverhältnisses. Darin sieht er jedoch bloß einen Spezialfall des allgemeinen (oben im Text referierten) Gedankens vom Zurückbehaltungsrecht kraft Vermögenshaftung; das Zurückbehaltungsrecht müsse daher nicht auf das Zug-um-Zug-Prinzip beschränkt bleiben.

worten, setzt voraus, die in § 21 und § 46 IO aufeinandertreffenden **Regelungsprinzipien** zu kennen und sie im Einklang mit den gesetzlichen Wertungen gegeneinander abzuwägen. Schon die erste oberflächliche – im Folgenden noch zu vertiefende[795] – Analyse hat klar gemacht, dass in einer solchen Konstellation eine Mehrzahl von privatrechtlichen Bauprinzipien zusammenläuft und eines davon, nämlich der **Schutz des Synallagmas**, den **zentralen Angelpunkt** bildet.

2. Entscheidend ist demnach, wie eine Vorleistungspflicht auf den Synallagmaschutz wirkt. Die Bestandsaufnahme liefert ein heterogenes Bild: Zunächst ist zu konstatieren, dass die Vorleistungspflicht eines Vertragsteils das Synallagma grundsätzlich nicht berührt; lediglich was einen speziellen Aspekt, nämlich die Sicherung des funktionellen Synallagmas betrifft, soll die Vorleistungspflicht nach herrschender Auffassung zu einer Lockerung führen. Diese Lockerung sanktioniere das Privatrecht damit, dass der Vorleistungspflichtige einen ihm normalerweise zur Verfügung stehenden **Rechtsbehelf (Zug-um-Zug-Einrede) verliert**. Gleichzeitig aber bringt das Privatrecht in einer Vielzahl von Konstellationen deutlich zum Ausdruck, dass der in Vorlage tretende Vertragsteil als **besonders schutzbedürftig** anzusehen ist; er beziehungsweise die Sicherung seiner Forderung ist privilegiert, indem ihm gesetzliche Pfandrechte und Zurückbehaltungsrechte gewährt werden. Das **intensiviert** den **Synallagmaschutz** zu seinen Gunsten.

3. Es lassen sich demnach zwei gegenläufige Regelungsprinzipien ausmachen: (i) Der Vorleistungspflichtige wird sanktioniert, indem er die Zug-um-Zug-Einrede verliert. (ii) Die Rechtsordnung anerkennt, dass der Vorleistungspflichte besonders schutzwürdig ist, indem sie seine Forderung privilegiert. Um diese beiden Regelungsprinzipien in ein harmonisches Verständnis zu bringen, ist es meines Erachtens erforderlich, die herrschende Auffassung zum **Telos von § 1052 ABGB** aufzugeben. Man sollte den Verlust der Zug-um-Zug-Einrede für den vorleistungspflichtigen Vertragspartner nicht darauf zurückführen, dass die Vorleistungspflicht das Synallagma lockert. Dass man die Vorleistungspflicht mit dieser Konsequenz sanktioniert, wäre zum einen einzigartig. Zum anderen widerspräche es dem im positiven Recht mehrfach umgesetzten und daher allgemeinen privatrechtlichen Wertungsprinzip, das Vorleistungspflichtige besonders schutzwürdig sind. Geboten erscheint es deshalb, den **Verlust der Zug-um-Zug-Einrede** lediglich damit zu begründen, dass er zwingend, sozusagen technisch vorgegeben **aus der Einredekonstruktion** des Rechtsbehelfs folgt: Hat der Vertragspartner tatsächlich vorgeleistet, geht die Einrede nach § 1052 ABGB schon allein wegen ihrer Funktionsweise verloren. Sie muss daher – kraft Größenschlusses – umso mehr erlöschen, wenn der Vertragspartner die Leistung zwar noch nicht erbracht hat, aber auf Grund einer Vorleistungspflicht bereits hätte erbringen

795 Dazu sogleich unten 3. Kapitel § 3 C.III; S 192 ff.

müssen, wenn er sich also in **Verzug** befindet. Mit dieser Sichtweise lässt sich zugleich jenen Bedenken begegnen, die das Schrifttum wiederholt dagegen angemeldet hat, dass die Vorleistungspflicht das Synallagma lockert.

b. (Verstärkter) Synallagmaschutz zugunsten des vorleistungspflichtigen Vertragspartners, solange er etwas „in Händen hält"

1. Die bisherigen Betrachtungen vermögen nicht bloß zu zeigen, dass es auf andere Gründe zurückzuführen ist als auf ein gelockertes Synallagma, wenn der vorleistungspflichtige Vertragspartner die Zug-um-Zug-Einrede verliert. Im Lichte der angestellten Überlegungen ist es darüber hinaus (positiv) geboten, dass gerade der Vorleistungspflichtige in den Genuss des Synallagmaschutzes kommt. Als **Schutz des Synallagmas** ist es insbesondere zu werten, wenn ein **gesetzliches Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht** eine Forderung innerhalb eines Austauschverhältnisses sichert (oben S 175). Bereits zuvor[796] war von Situationen die Rede, in denen der Vorleistungspflichtige mit einer solchen gesetzlichen Sicherung (Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht) ausgestattet ist. Die dabei eingesetzten Sicherungsinstrumente sind vielfältig[797], es fallen aber strukturelle Gemeinsamkeiten auf. Sie erlauben es, eine konkrete Regel mit hinreichend scharfen Konturen dazu zu formulieren, unter welchen Voraussetzungen es geboten ist, den vorleistungspflichtigen Vertragsteil zu privilegieren.

2. Ausgangspunkt ist, dass Zurückbehaltungs- oder Pfandrechte den Vorleistungspflichtigen grundsätzlich nur solange sichern und damit das Synallagma zu seinen Gunsten nur solange stärken, als er die an den Schuldner zu erbringende Leistung noch real zurückhalten kann. Der Vorleistungspflichtige muss seine Leistung also noch „in Händen halten". Dies allein erscheint banal und kaum erwähnenswert: Zurückbehaltungsrechte ohne zurückbehaltungsfähige Leistung sind schon faktisch nicht vorstellbar[798]; für Pfandrechte ergibt sich diese Beschränkung – von einzelnen Ausnahmefällen abgesehen[799]

796 Oben 3. Kapitel § 3 C.II.2.c; S 167 ff.

797 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 163 ff (insbesondere 171), spricht beinahe resignierend von Willkür des Gesetzgebers, von fehlender Konsequenz im Detail und einem bunten Bild von Regelungen verschiedenster Abstraktionshöhe und unterschiedlichster Regelungsgenauigkeit, durchwegs gezeichnet von einem völlig fehlenden Verständnis für eine einheitliche Erfassung des Zurückbehaltungsrechts.

798 So schon *Schenck*, Retentionsrecht 76.

799 Bisweilen wird darauf verzichtet, dieses Prinzip streng einzuhalten, so bei den besitzlosen gesetzlichen Pfandrechten zugunsten des Bestandgebers (§ 1101 ABGB), des Frachtführers (§ 440 Abs 3 UGB) und des Verfrachters (§ 623 Abs 2 UGB); siehe zu diesen Durchbrechungen des Faustpfandprinzips schon oben S 172 FN 742 und S 176 FN 757. Immerhin für das Bestandgeberpfandrecht zeigt sich allerdings, dass das Gewahrsamserfordernis zwar stark verflüchtigt ist, sich aber nicht aufgelöst hat. Denn seine Verwandtschaft mit dem Zurückbehaltungsrecht lässt sich kaum bezweifeln; siehe dazu den Hinweis auf das Perklusionsrecht (oben S 168 FN 715) sowie die

– scheinbar ganz selbstverständlich aus dem Faustpfandprinzip (vgl § 467 ABGB)[800]. Nicht mehr selbstverständlich ist allerdings, dass die gesetzlichen Wertungen – neben der typischerweise vorliegenden Vorleistungssituation – offensichtlich allein den Umstand des **„In-Händen-Haltens" voraussetzen**, damit der Vertragspartner **gesichert** und das **Synallagma** zu seinen Gunsten **verstärkt geschützt** ist. Dass gerade dieses Moment ein entscheidendes Kriterium bildet[801], hat man in der Literatur schon sehr früh[802] und wiederholt[803] hervorgehoben[804]. In dieses Bild fügt es sich ein, wenn man im

Überlegungen zur Verwandtschaft mit dem Zurückbehaltungsrecht des Gastwirts nach § 970c ABGB (oben S 169 bei und in FN 721); in diesem Sinne spricht etwa auch *Geller*, ZBl 1, 8 (32), explizit von einer „besonderen Art des Retentionsrechts".

800 Nach zutreffender herrschender Lehre erlischt das Pfandrecht im Einklang mit dem in §§ 451 f ABGB festgeschriebenen Faustpfandprinzip, wenn die Pfandsache zurückgestellt wird; und zwar nicht bloß dann, wenn – wie es der Wortlaut von § 467 ABGB nahe legt – kein Vorbehalt erfolgt. Statt aller siehe nur *Wellspacher*, Vertrauen 164; *Demelius*, Pfandrecht 161 f FN 18; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 36 f; *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 327 (328 ff); *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 12/4; *Koch* in KBB, ABGB[7] § 467 Rz 3; *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1370 FN 21) je mit weiteren Hinweisen. Anderer Auffassung *Schwind* in Schwind, Europarecht 61 (71 f); anders auch die (ältere) Rsp: OGH 1 Ob 305/52 in SZ 25/89; RIS-Justiz RS0015189.

801 Bisweilen ist – wie die besitzlosen gesetzlichen Pfandrechte zeigen (dazu unmittelbar oben S 188 FN 799 mit weiteren Hinweisen) – dieses Erfordernis sogar noch gelockert.

802 *Geller*, ZBl 1, 8 (34), präsentiert als Sukkus seiner im Jahr 1883 erschienenen Untersuchung über das Zurückbehaltungsrecht folgende These: „So sehen wir das Retentionsrecht wegen connexer Forderung in allen seinen Arten in unserem Gesetzbuche anerkannt. […] Es sind dies specielle Anwendungsfälle des zwar im Gesetze nicht direkt ausgesprochenen, aber darum doch nicht bestreitbaren *allgemeinen Princips*, dass der Gläubiger *das in seinen Händen befindliche Gut seines Schuldners* nicht früher herauszugeben verhalten werden kann, als ihm für seine damit zusammenhängende Forderung Befriedigung geworden ist […]" (Hervorhebungen hinzugefügt).

803 Ganz ähnlich auch *Fulterer*, ÖJZ 1952, 399 (399): „Derjenige, der […] seine Leistung noch *in der Hand hat*, ist nämlich ohne Anrufung des Gerichtes […] in der Lage, sein Recht kurzerhand selbst zu erreichen: er gibt einfach seine Sache *nicht aus der Hand* […]" (Hervorhebungen hinzugefügt). Ein im Kern deckungsgleicher Standpunkt liegt der im Schrifttum weit verbreiteten Auffassung zugrunde, wonach das Retentionsrecht wiederauflebt beziehungsweise neu entsteht, nachdem der Zurückbehaltungsberechtigte die Sache zurückgestellt hat, sie in der Folge aber wieder in seine Gewahrsame gerät (*Vogelsinger*, ÖBA 1958, 371 [373]; *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 21 f; *Kerschner* in Artmann, UGB[3] § 369 Rz 13 und 45; anders aber OGH 7 Ob 581/57 in SZ 31/6 = ZVR 1958/177 und 6 Ob 71/70): Wenngleich dies nicht explizit ausgesprochen wird und die Situation beim allgemeinen Retentionsrecht (§ 471 ABGB) auch nicht völlig mit jener des Vorleistungspflichtigen im Anwendungsbereich des § 1052 ABGB vergleichbar ist, so kommt in dieser Bestimmung doch ebenfalls der Gedanke zum Ausdruck, dass eine Sicherung sobald und solange besteht, als der Gläubiger (wieder) etwas „in Händen hält", das er zurückbehalten kann.

804 Zuletzt eingehend *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 143 f: Im Ergebnis soll ein *typisch erhöhtes Sicherungsbedürfnis* zusammen mit dem Umstand, dass der Vertrags-

Schrifttum[805] mit Blick auf die sogenannten unvollkommen (imperfekt) synallagmatischen Verhältnisse[806] sogar dafür plädiert, die Einrede nach § 1052 ABGB generell zu einem umfassenderen Leistungsverweigerungsrecht auszuweiten[807]. In solchen Konstellationen bejaht man ein Leistungsverweigerungsrecht auch für Leistungspflichten, die gerade in **keinem synallagmatischen Verhältnis** zueinander stehen[808]. Das stützt ebenfalls die hier entwickelte These, dass gesetzliche Sicherungsinstrumente schon allein deswegen gerechtfertigt sind und zur Verfügung stehen, weil der Gläubiger faktisch einen Vermögenswert in Händen hält, den der Schuldner beanspruchen und den der Gläubiger zurückbehalten kann. In der **Gläubigergewahrsame** an vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswerten liegt ein durchgehend bei verschiedenen Sicherungsinstrumenten verwirklichtes Tatbestandsmerkmal – angefangen beim Faustpfand über die Aufrechnungslage bis zum Zurückbehaltungsrecht. Dem ist an geeigneter Stelle noch nachzugehen[809]; hervorkommen wird dabei, woher diese Gemeinsamkeit rührt: Erst die Gläubigergewahrsame am Vermögenswert und die damit verbundenen Wirkungen rechtfertigen es, den Gläubiger bevorzugt zu befriedigen[810].

3. Man könnte erwägen, noch ein weiteres Element vorauszusetzen, wenn ein Sicherungsrecht gewährt werden soll; ein Element, das die überwiegende Zahl der zuvor[811] angeführten und als Wertungsgrundlage herangezogenen gesetzlichen Pfand- und Zurückbehaltungsrechte miteinander verbindet: In der Regel[812] bringt erst jener Sachverhalt, aus dem die gesicherte Forderung

---

partner Sachen des Schuldners *mit dessen Einverständnis in seiner Gewahrsame* hat, ausreichende Grundlage dafür sein, die Zurückbehaltung zuzulassen; dazu zählt *Jabornegg* auch gesetzliche Pfandrechte.

805 *F. Bydlinski*, FS Steinwenter 140 (147 FN 35a), allerdings ohne den Gedanken weiter zu verfolgen; *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 91. Ähnliches klingt an bei *Fulterer*, ÖJZ 1952, 399 (399).

806 Zu diesem Begriff siehe nur *Wahle* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 91 bei FN 163; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1052 Rz 14; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON$^{1.08}$ § 1052 Rz 3.

807 Noch weiter geht *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 179 ff, der generell für ein allgemeines Zurückbehaltungsrecht kraft umfassender Rechtsanalogie plädiert.

808 Hier ist als Lehrbuchbeispiel der Auftragsvertrag zu nennen (*Stanzl* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/1, 824; *Baumgartner/Torggler* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB-Klang³ § 1009 Rz 89 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 98 FN 143 mit weiteren Hinweisen; OGH 3 Ob 398/59 in VersR 1960, 454 mit Anmerkung *Wahle* = SZ 33/23), soweit sich die Pflicht zur Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten und der Aufwandersatzanspruch des Auftragnehmers gegenüberstehen (§§ 1009, 1014 ABGB).

809 Unten 3. Kapitel § 4 C; S 237 ff.

810 Unten 3. Kapitel § 4 C.III.2.d; S 268 ff.

811 Oben 3. Kapitel § 3 C.II.2.c; S 167 ff.

812 Dies trifft *nicht* zu für die Sicherung des Arbeitnehmers (§ 1 Abs 2 IESG), des Versicherungsnehmers (§ 92 Abs 2 und § 94 VAG), des Bauhandwerkers (§ 1170b ABGB),

entsteht, die Sicherungsobjekte in die Gewahrsame des vorleistungspflichtigen Vertragspartners[813]. Über eine solche Gemeinsamkeit nachzudenken, liegt in der Tat nahe. Es könnte erforderlich sein, auch diesen Umstand zum Tatbestandsmerkmal dafür zu erheben, dass der Vorleistungspflichtige jene synallagmastärkende Sicherung beanspruchen kann, die hier im Wege der Rechtsanalogie entwickelt wurde. Im hier interessierenden Zusammenhang ergäbe sich daraus allerdings keine wesentliche Einschränkung des Anwendungsbereichs. Denn in diesem gemeinsamen Element der gesetzlich geregelten Fälle manifestiert sich nämlich bloß jenes Tatbestandsmerkmal, das man gemeinhin mit dem Begriff der **Konnexität** bezeichnet: der sachliche Zusammenhang zwischen gesicherter Forderung und zurückbehaltener Sache. Die zur Diskussion stehenden Fällen (einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt beziehungsweise gegenseitiger Vertrag im Sinne von § 21 IO) weisen einen solchen Zusammenhang ohnehin stets auf, zumal die (Vor-)Leistung eine Gegenleistung aus demselben Rechtsverhältnis sichern soll.

c. Fazit: vorleistungspflichtiger Vertragspartner ist besonders schutzwürdig

1. Nach dem bisher Gesagten ist der **vorleistungspflichtige Vertragspartner besonders schutzwürdig**. Zahlreiche Bestimmungen bringen ein allgemeines privatrechtliches Bauprinzip zum Ausdruck, wonach dem **Vorleistungspflichtigen ein gesetzliches Sicherungsrecht an den in seiner Gewahrsame befindlichen Sachen zusteht** – in Form entweder eines Zurückbehaltungsrechts oder eines gesetzlichen Pfandrechts. Anhaltspunkte dafür, dass sich die Vorleistungspflicht auf den Synallagmaschutz negativ auswirkt, sind dem positiven Recht hingegen nicht zu entnehmen. Gerade im Gegenteil: Die Rechtsordnung gibt dem Vorleistungspflichtigen Instrumente an die Hand, die den Synallagmaschutz zu seinen Gunsten intensivieren. Dass die Zug-um-Zug-Einrede infolge Vorleistungspflicht verlorengeht, folgt nicht daraus, dass das Synallagma gelockert wäre, sondern diese Konsequenz gibt ein Größenschluss vor: Der rechtswidrig handelnde Vertragspartner (Nichterbringen der fälligen Leistung = Verzug) darf nicht besser stehen als ein vertragstreuer Partner. Hätte er nämlich obligationsgemäß vorgeleistet,

des Erwerbers im Rahmen eines Bauträgervertrages (§§ 7 ff iVm § 1 BTVG), des Wohnungseigentumsbewerbers (§ 37 Abs 1 WEG 2002) und ebenso wenig für die gesetzlichen (Vorzugs-)Pfandrechte des Wohnrechts (Art X § 1 IRÄG 1982; § 42a MRG; § 27 WEG 2002).

813 Eine solche Gemeinsamkeit streicht schon *Geller*, ZBl 37, 593 (605 f), explizit hervor und spricht von einem sogenannten „Zurückbehaltungs-Pfandrecht". Auch *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 143, bildet eine derartige (beziehungsweise zumindest eine ähnliche) Fallgruppe: Die Vorleistung erfolgt gerade im Hinblick auf den vom Schuldner übernommenen Gegenstand und dieser Gegenstand wird in die Gewahrsame des Vorleistenden gegeben.

so hielte er keinen Vermögenswert mehr in Händen, den er zurückbehalten könnte.

2. Die gewonnenen Erkenntnisse erlauben es aber noch nicht, die am Ausgangspunkt stehende Frage zu beantworten, wie der Vorleistungspflichtige in der Insolvenz zu behandeln ist. Ungeklärt ist nämlich, ob der allgemein anerkannte **Schutz des Synallagmas im Insolvenzfall** aufrecht bleibt oder ob die Besonderheiten des Insolvenzrechts eine differenzierte Beurteilung erfordern[814]. Fraglich ist vor allem, ob eine **Vorleistungspflicht** auch in der Insolvenz synallagmaneutral ist. Wer darauf eine Antwort geben will, muss auch alle übrigen mit dem Synallagmaschutz in Berührung kommenden Regelungsprinzipien des allgemeinen Zivilrechts und des Insolvenzrechts benennen und ermitteln, welchem von ihnen das positive Recht größeres Gewicht beilegt: Wann prävaliert der Synallagmaschutz? Wann wird der Synallagmaschutz zugunsten eines mit ihm konfligierenden Regelungsprinzip geopfert? Zu erörtern ist ferner, ob und wie es sich auswirkt, wenn sich der Vertragspartner in Verzug befindet, dass also die als Voraussetzung des Sicherungsrechts identifizierte **Gläubigergewahrsame** (mittlerweile) **unberechtigt** ist[815].

III. Sonstige Regelungsprinzipien und ihre Berührungspunkte mit dem Synallagmaschutz

1. Methodische Ausgangsüberlegungen

1. Die folgenden Überlegungen wollen die sonstigen, bereits eingangs[816] genannten Regelungsprinzipien im Detail herausarbeiten und ihre Berührungspunkte mit dem Synallagmaschutz bestimmen. Da eine Mehrzahl von Regelungsprinzipien tangiert ist, ist es nützlich vorweg herauszuarbeiten, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen[817]. Anerkannt ist, dass zwischen Rechtsprinzipien **unterschiedlicher Abstraktionshöhe** zu differenzieren ist;

814 Auch *Karollus*, ÖBA 1988, 123 (130), erachtet es im Zusammenhang mit der Zug-um-Zug-Rückabwicklung infolge Insolvenzanfechtung für notwendig, das Differenzierungserfordernis zu prüfen.

815 Unten 3. Kapitel § 5 C; S 385 ff.

816 Oben 3. Kapitel § 3 A; S 155 f.

817 Anders als Rechtsregeln sind Rechtsprinzipien darauf angelegt, je nach den Umständen mehr oder weniger verwirklicht zu werden (vgl schon oben S 156 FN 656 mit weiteren Hinweisen). Bei einer Prinzipienkollision sind deshalb die konfligierenden Prinzipien entsprechend ihrem jeweiligen Gewicht gegeneinander abzuwägen (grundlegend *Dworkin*, Bürgerrechte 54 ff). Hierbei ist die Prinzipienkollision nach folgendem Abwägungsgesetz aufzulösen: Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto wichtiger muss die Erfüllung des anderen sein (*Alexy*, Grundrechte[9] 146; *derselbe* in Schilcher/Koller/Funk, System des Rechts 36; ferner *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 2 FN 5 mit weiteren Hinweisen).

daraus lässt sich ein Verhältnis von **Über- und Unterordnung** beziehungsweise von Regel und Ausnahme ableiten[818]. Hat man die hier tangierten Prinzipien in einer solchen Weise geordnet, lässt sich mit der gebotenen Genauigkeit feststellen, welche Prinzipien miteinander kollidieren und welchem der jeweils konfligierenden Prinzipien nach den gesetzlichen Wertungen größeres Gewicht oder Vorrang zukommt. Wie die Prinzipienkonflikte demnach aufzulösen sind, ist erst im Anschluss in einem gesonderten Schritt zu untersuchen[819].

2. Will man die einzelnen Prinzipien und ihr Verhältnis zueinander analysieren, muss man dazu gerade auch auf jene Bestimmungen zurückzugreifen, deren Auslegung hier in Frage steht (§§ 21, 46 IO). Die angewandte Methode kommt somit einem hermeneutischen Zirkel[820] gleich: Das Verständnis des Ganzen (sachen- und insolvenzrechtliche Prinzipien) wird herangezogen, um die einzelnen Teile (§§ 21, 46 IO) aufzuhellen, nachdem man dieses ganzheitliche Verständnis durch ein (vorläufiges) Verständnis der einzelnen Teile gewonnen hat.

3. Um die tangierten Rechtsprinzipien in eine derartige Systematik zu bringen, empfiehlt es sich im ersten Schritt, die beiden Rechtsgebiete Insolvenzrecht[821] und Schuldrecht[822] isoliert voneinander zu betrachten. Wie schon erwähnt[823], sind nämlich die Hierarchien und Wechselbeziehungen zwischen Prinzipien, die in unterschiedlichen Rechtsgebieten verwurzelt sind, noch nicht in ausreichendem Maße aufbereitet; man sollte sich ihnen daher schrittweise annähern.

2. Relevante Bauprinzipien des Insolvenzrechts

Wendet man den Blick zunächst in das Insolvenzrecht, finden sich dort zwei zentrale Zielsetzungen: zum einen die Maxime der Haftungsverwirklichung und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung durch **optimale Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse**[824]; zum anderen die Friedensfunktion, die durch Gesamtvollstreckung nach dem Prinzip der **Gläubigergleichbehand-**

818 *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 66 FN 337 mit weiteren Hinweisen.
819 Unten 3. Kapitel § 4; S 203 ff.
820 *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 443.
821 Dazu sogleich 3. Kapitel § 3 C.III.2.
822 Unten 3. Kapitel § 3 C.III.3; S 200 ff.
823 Oben S 156 bei FN 656.
824 Statt aller nur *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 6 ff; *Konecny*, FS Rechberger 301 (308); *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 243 ff (insbesondere 245 mit weiteren Hinweisen); *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 1 Rz 3 ff. In diesem Sinne nunmehr auch ausdrücklich die programmatische Bestimmung von § 1 Satz 1 InsO: „Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt […] wird." Zu der – auch hier in Kauf genommenen – Ungenauigkeit

lung umgesetzt wird[825]. Daneben bezwecken die insolvenzrechtlichen Bestimmungen, den Schuldner zu sanieren beziehungsweise das Schuldnerunternehmen zu erhalten; die überwiegende Auffassung sieht die Sanierung keineswegs bloß als ein Mittel zum Zweck der bestmöglichen Haftungsverwirklichung[826], sondern als ein eigenständiges, wenngleich untergeordnetes Ziel des Insolvenzrechts[827]. Die folgenden Überlegungen können jedoch darauf verzichten, auch den Sanierungszweck mit den anderen, bereits genannten Prinzipien in Beziehung zu setzen. Dieser Zweck scheint nämlich im Wesentlichen mit der Maxime der optimalen Masseverwertung gleichgerichtet zu sein, weil unter beiden Aspekten das Ziel der Haftungsverwirklichung verfolgt wird[828]. Deshalb lassen sich diese beiden Zwecke des Insolvenzverfahrens im Folgenden zusammenfassen – zumindest soweit es die hier in Diskussion stehende Frage betrifft, wie das Synallagma und die davon tangierten Prinzipien zu behandeln sind.

---

der Gleichsetzung von Haftungsverwirklichung und optimaler Gläubigerbefriedigung *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 245.

825 Mit beachtlichen Überlegungen zum Zweck der Gläubigergleichbehandlung siehe aber *Mokal*, Cambridge Law Review 60, 581 ff; dazu auch unten S 200 FN 853.

826 Zur Differenzierung zwischen Insolvenzzielen und den Mitteln, mit denen diese Ziele verfolgt werden, siehe *Henckel*, ZIP 1991, 133 (134); *denselben*, FS Merz 197 (199), *denselben* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 1 Rz 2; der Differenzierung im Grundsatz zustimmend *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 232, siehe jedoch die nachfolgende FN 827.

827 So etwa *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 219 ff und 254 ff mit weiteren Hinweisen, die aber einräumt, dass viele Novellen von einer gewissen „Entschuldungsfreundlichkeit" geprägt waren; dennoch aber dominiere nach wie vor die Haftungsverwirklichung und damit das historische (Haupt-)Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung. Noch weiter geht *Konecny*, FS Rechberger 201 (310 f): Auch die Schuldenbefreiung, also die endgültige Bewältigung einer Schuldnerinsolvenz sei ein eigenständiger Verfahrenszweck. Anderer Ansicht für das deutsche Recht jedoch *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 1 Rz 2, der ausschließlich die optimale Gläubigerbefriedigung als Ziel des Insolvenzverfahrens auffasst, die das Insolvenzrecht mit den Mitteln der Verwertung und des Erhalts des Schuldnervermögens verfolgt. Ähnlich restriktiv *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 1.12: nachgeordnetes Ziel. Demgegenüber betont die ökonomische Analyse des Insolvenzrechts – meines Erachtens überzeugend –, Zweck des Insolvenzverfahrens sei es in einem ersten Schritt, unter den insolventen Unternehmen die lebensfähigen, das heißt rentablen Unternehmen herauszufiltern (*viability test*); die lebensfähigen Unternehmen sollten idealerweise saniert werden, während nicht lebensfähige Unternehmen zu liquidieren seien, um die darin gebundenen Ressourcen für eine neue und nunmehr rentable Allokation freizugeben (*White* in Parisi, Oxford Handbook II 448 f; siehe auch *Riss*, JRP 2020, 13 f mit weiteren Hinweisen).

828 Nach überwiegender Auffassung sind sowohl die Verwertung als auch die diversen Formen der Schuldnersanierung Mittel, um das vom Insolvenzrecht als vorrangig definierte Ziel der Haftungsverwirklichung zu verfolgen (siehe nur *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 35 Rz 2; *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 292). Siehe aber *Konecny*, FS Rechberger 301 (310 f); dazu zuvor FN 827.

a. Maxime der optimalen Masseverwertung

1. Die Maxime der optimalen Masseverwertung als Ziel des Insolvenzverfahrens hat einen wesentlichen Ausfluss: Sie macht es notwendig und rechtfertigt es, die **rechtliche Position**, die der Insolvenzmasse beziehungsweise dem Insolvenzverwalter gegenüber dem Vertragspartner zukommt, gegenüber den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln zu **verbessern**[829]. Die Insolvenzeröffnung selbst hat noch keinen Einfluss auf bereits bestehende rechtsgeschäftliche Bindungen[830]. Diese Besserstellung, die für eine optimale Masseverwertung erforderlich ist, gewähren erst konkrete Bestimmungen des Insolvenzrechts. Grob betrachtet ist eine doppelte Stoßrichtung festzustellen[831]: Zum einen erweitert das Insolvenzrecht die „rechtliche Bewegungsfreiheit" des Insolvenzverwalters; zum anderen beschränkt das Insolvenzrecht die Befugnisse, die dem Vertragspartner nach allgemeinen Regeln zum Schutz des Synallagmas zur Verfügung stehen.

2. Das Insolvenzrecht erweitert die **rechtliche Bewegungsfreiheit des Insolvenzverwalters**, insbesondere indem es (a) ihn von bereits eingegangenen Bindungen befreit (Erlöschen von Offerten[832] nach § 26 Abs 3 IO) und (b) indem es ihm möglich beziehungsweise erleichtert ist, sich von schon bestehenden Verträgen zu lösen; dazu dienen das Erfüllungswahlrecht (§ 21 Abs 1

829 Treffend spricht man mit Blick auf die insolvenzspezifischen Vertragsauflösungsmöglichkeiten davon, dass das Insolvenzrecht im Allgemeininteresse der Gläubiger Beeinträchtigungen von Einzelinteressen vorsieht, und zwar auch im materiellrechtlichen Bereich (*Konecny* in Insolvenz- und Sanierungsrecht 109 [113]).

830 *Motive* KO 62 = *Hahn*, Materialien KO 82 f; *Schwarz*, Concursrecht I 80; *Petersen/Kleinfeller*, KO³ 64; *Brachmann*, Rechtsgeschäfte 3, 5, 15 und 23 f; *Pollak*, Concursrecht 199; *Rintelen*, Konkursrecht 162 bei FN 8; *Bartsch/Pollak*, KO³ § 21 Anm 1 (S 121); *Iro*, RdW 1985, 101 (101); *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 21 KO Rz 1; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 1; *Kepplinger*, Synallagma 123; *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 248 FN 35; *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 1. Anderes wird jedoch teilweise zur vergleichbaren deutschen Rechtslage vertreten: Erfüllungsansprüche aus gegenseitigen Verträgen erlöschen bereits mit Insolvenzeröffnung, und nicht erst mit der Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter (*Erlöschenstheorie*; BGH IX ZR 36/87 in BGHZ 103, 250 [252] = NJW 1988, 1790 = ZIP 1988, 322; IX ZR 50/88 in BGHZ 106, 236 = NJW 1989, 1282 = ZIP 1989, 171). Gegenteilig aber BGH IX ZR 313/99 in BGHZ 150, 353 = NJW 2002, 2783; in diesem Sinne auch *Henckel*, FS Lüke 237 (251 f); *Bork*, FS Zeuner 297 (302 ff). Siehe ferner die Nachweise bei *Wegener* in Uhlenbruck, InsO¹⁵ § 103 Rz 8 f und oben S 135 FN 569.

831 Dazu und zum Folgenden siehe auch *Riss*, FS Fenyves 957 (961 ff).

832 Unter dem vom Gesetz verwendeten Begriff „Anträge des Schuldners" sind Offerten, Angebote bzw Versprechen im Sinne des § 862 ABGB zu verstehen, also einseitige Willenserklärungen, die auf den Abschluss eines Vertrags gerichtet sind (*Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 26 KO Rz 19; *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26 KO Rz 73).

IO)[833] und das besondere Kündigungsrecht bei Bestandverträgen unabhängig von nachteiligen vertraglichen Kündigungsfristen (§ 23 IO)[834]. In beiden Fallgruppen ist im Interesse der Gläubigerbefriedigung die **Vertragstreue abgeschwächt**[835]; darauf wird zurückzukommen sein[836]. Diese speziellen insolvenzrechtlichen Regeln können daher auch das **Synallagma** als Rechtsprinzip tangieren, weil es sich beim Synallagma unter anderem um eine Ausprägung der Vertragstreue handelt[837]. Weitere Überlegungen werden noch zeigen, dass das Insolvenzrecht das Ziel der optimalen Masseverwertung keineswegs eindimensional und kompromisslos verfolgt[838]; vielmehr wägt der Gesetzgeber ab und stellt das insolvenzrechtliche Ziel anderen Regelungsprinzipien gegenüber. Im Einzelnen lassen sich drei Fallgruppen unterscheiden[839].

2.1. Bei noch **nicht angenommenen Offerten** (§ 26 Abs 3 IO) hat noch kein Leistungsaustausch stattgefunden und wird auch nicht mehr erfolgen. Der Schutz des Synallagmas bleibt prima vista also unbeeinträchtigt beziehungsweise ist das Synallagma gar nicht entstanden, zumal keine gegenseitigen Leistungspflichten begründet wurden.

2.2. Erklärt der Insolvenzverwalter die **Erfüllungsablehnung** (§ 21 Abs 1 IO), unterbleibt nach herrschender Auffassung nur die noch ausstehende

833 Dass das Erfüllungswahlrecht nach § 21 IO dem Zweck der optimalen Masseverwertung dient, ist einhellig anerkannt (Nachweise oben S 136 FN 572).

834 Auch das Kündigungsrecht des § 23 IO verfolgt das Ziel der optimalen Masseverwertung (explizit etwa *Motive* KO 78 = *Hahn*, Materialien 95; *Rathauscher*, Bestandrechte 27 mit weiteren Hinweisen). Dazu auch *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 3.

835 In diesem Sinn etwa auch *Gerhardt*, AcP 200, 426 (430 f). Dies gilt insbesondere für den Fall der Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter (§ 21 Abs 1 IO), weil – anders als in Deutschland unter dem Schlagwort der *Erlöschenstheorie* vertreten (oben S 135 FN 569 und S 195 FN 830) – der auf Erfüllungsablehnung gerichteten Erklärung des Insolvenzverwalters nach § 21 Abs 1 IO *rechtsgestaltende Wirkung* im Hinblick auf das Vertragsverhältnis zukommt (näher dazu schon oben S 135 FN 569).

836 Unten 3. Kapitel § 4 A; S 203 ff.

837 Vgl die Nachweise oben S 163.

838 Siehe *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 218.

839 Nicht behandelt werden hier und im Folgenden (insbesondere unten 3. Kapitel § 4 A; S 203 ff) die Besonderheiten der Auflösung von Arbeitsverhältnissen (§ 25 IO); die dort vorgesehenen Rechtsfolgen beruhen zu einem erheblichen Teil auf insolvenzfremden Wertungen, insbesondere sozialpolitischer Natur (*Denkschrift* KO 28; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 25 KO Rz 1; kritisch *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 [520 und 574]; *derselbe*, Insolvenzrecht⁴ Rz 1.07). Diese Rechtsfolgen sind daher im interessierenden Zusammenhang nur bedingt aussagekräftig (daher ebenfalls ausklammernd etwa *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 275).

Leistungsabwicklung, denn der Vertrag wird bloß ex nunc aufgelöst[840]. Die bereits ausgetauschten Leistungen werden also nicht rückabgewickelt.

2.3. Gleiches gilt – schon nach allgemein-zivilrechtlichen Regeln[841] – bei **Kündigung von Bestandverträgen** (§ 23 IO).

3. Trotz der Lösungsrechte des Insolvenzverwalters scheint das Synallagma auf den ersten Blick weiterhin Bestand zu haben. Näher besehen trifft dies aber nur in dem – seltenen – Fall zu, dass beide Seiten ihre Leistungen wertmäßig in demselben Umfang erbracht haben: Hat der Vertragspartner mehr an Leistung erbracht – „aus der Hand gegeben" –, als er an Gegenleistung vom Schuldner erhalten hat, bewirkt die ex nunc wirkende Vertragsauflösung, dass er für seine Vorleistung keine Gegenleistung mehr erhält; zwar steht ihm ein *Surrogatanspruch* auf Ersatz des Schadens zu, den er infolge der Vertragsauflösung erlitten hat (§ 21 Abs 2, § 23 IO), doch kann er diesen Ersatzanspruch lediglich als Insolvenzforderung geltend machen[842]. Übt der Insolvenzverwalter also sein Lösungsrecht aus, das ihm zum Zweck der bestmöglichen Masseverwertung eingeräumt ist, kann er damit das **Synallagma** zu Lasten des Vertragspartners **beeinträchtigen**. Auf Funktionsweise und Reichweite der damit verbundenen Eingriffe in das Synallagma wird noch einzugehen sein[843].

4. Um das Ziel der optimalen Masseverwertung zu erreichen, erweitert das Insolvenzrecht nicht nur die rechtliche Bewegungsfreiheit des Insolvenzverwalters, sondern sieht noch ein zweites Instrument vor. Seit Inkrafttreten des Insolvenzrechts-Änderungsgesetzes 2010 beschränkt es überdies die **Befugnisse des Vertragspartners**, die ihm nach allgemeinen Regeln zustehen: Der Vertragspartner kann mit dem Schuldner geschlossene Verträge wegen Verzugs des Schuldners mit der Erfüllung von Forderungen, die vor Insolvenzeröffnung fällig geworden sind, erst sechs Monate nach Insolvenzeröffnung auflösen, wenn diese Auflösung es gefährden könnte, das schuldnerische Unternehmen fortzuführen (Auflösungssperre; § 25a Abs 1 Z 1 IO). Zudem können weder Rücktrittsrecht noch Vertragsauflösung für den Fall der Insolvenzeröffnung wirksam vereinbart werden (§ 25b Abs 2 IO)[844]. Diese Regeln stehen mit dem allgemeinen **Synallagmaschutz ebenfalls in Konflikt**: Während der Anspruch des Vertragspartners verhältnismäßig gekürzt wird (§§ 50 f IO), sind gleichzeitig seine Möglichkeiten beschränkt, auf diese Leis-

840 Zum nicht einhelligen Meinungsstand siehe die Nachweise oben S 133 f bei und in FN 563 ff.

841 Siehe nur *Riss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON$^{1.02}$ § 1116 Rz 1 mit Hinweisen.

842 Nachweise oben S 135 FN 568.

843 Unten 3. Kapitel § 4 B; S 219 ff.

844 Dazu etwa *Nunner-Krautgasser*, Insolvenz-Forum 2009, 81 (94 ff); *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 23 (27 ff); *Reisenhofer*, Zak 2010, 287.

tungsstörung[845] mit den Rechtsbehelfen zu reagieren, die ihm zum Schutz des (funktionellen) Synallagmas normalerweise offenstehen (Rücktritt nach § 918 ABGB[846]).

5. Diese ersten Überlegungen sind grob und rudimentär, sie legen aber bereits einen Schluss nahe: Das Insolvenzrecht scheint das **Synallagma** der Maxime der optimalen Masseverwertung durchwegs zu **opfern**, der Synallagmaschutz muss bei einem solchen Aufeinandertreffen also grundsätzlich zurückstehen. Davon ausgehend könnte man geneigt sein, auch die hier interessierende Frage zu beantworten: Ist eine Störung des Synallagmas ebenso in Kauf zu nehmen oder sogar geboten, wenn sich der Insolvenzverwalter für **Vertragserfüllung** (§ 21 IO) entscheidet? Muss der vorleistungspflichtige Vertragspartner über Verlangen des Insolvenzverwalters voll erfüllen, während er selbst seinen Anspruch auf die Gegenleistung nur als Insolvenzforderung geltend machen kann? Eine solche Schlussfolgerung wäre vorschnell. Die bisherige Analyse erlaubt es noch nicht, sich bei der Frage festzulegen, ob ein Konflikt zwischen Synallagmaschutz und Maxime der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung stets zu Lasten des Synallagmas zu lösen ist. Entscheidend ist hierfür nämlich, dass man – wie an späterer Stelle noch darzulegen ist[847] – bei Behandlung des Synallagmaschutzes in der Insolvenz zwischen zwei Rechtsfolgenebenen zu differenzieren hat: *materielles und prozessuales Synallagma*. Durch diese Folie betrachtet kann die Maxime der optimalen Masseverwertung unterschiedliche, ja sogar diametrale Effekte auf den Synallagmaschutz nach sich ziehen; eine pauschale Aussage zum Rangverhältnis von Synallagma und Maxime der optimalen Masseverwertung lässt sich nicht treffen.

Überdies fehlt in den gesetzlich entschiedenen, zuvor angeführten Konfliktsituationen ein wesentliches Moment, das aber die Situation des vorleistungspflichtigen Vertragspartners auszeichnet: Die *Erfüllungsablehnung* (§ 21 Abs 1 IO) und *Kündigung* (§ 23 IO) durch den Insolvenzverwalter beeinträchtigen das Synallagma nämlich nur hinsichtlich einer **Leistung**, die der Vertragspartner schon erbracht, die er also **bereits „aus der Hand" gegeben** hat. Hier interessiert aber, wie das Synallagma geschützt ist, wenn der Insolvenzverwalter *Erfüllung verlangt* und somit zu entscheiden ist, ob der Synallagmaschutz hinsichtlich einer Leistung eingreift, die der Vertragspartner noch *nicht* „aus der Hand" gegeben hat, sondern die sich noch in seiner Gewahrsame befindet. Eben die Gläubigergewahrsame an einem Vermögenswert bildet im Insolvenzrecht aber – wie schon angeklungen ist[848] und wie

845 Nach überzeugender Auffassung bildet die Insolvenz eine spezielle Fallgruppe der Leistungsstörungen (*Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[7] 216 ff).

846 Das Rücktrittsrecht wegen Schuldnerverzugs ist ein Instrument zum Schutz des funktionellen Synallagmas (oben S 162 f mit Nachweisen).

847 Unten 3. Kapitel § 4 B; S 219 ff.

848 Oben S 185 f.

noch ausführlicher zu erörtern sein wird[849] – ein entscheidendes Kriterium. Es verbietet sich deshalb meines Erachtens, dem Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung allein unter Rekurs auf das Recht der Erfüllungsablehnung (§ 21 Abs 1 IO) und das Kündigungsrecht für Bestandverträge (§ 23 IO) Vorrang vor dem Synallagmaschutz einzuräumen. Ebenso wenig lässt sich auf diesem Weg begründen, dass der vorleistungspflichtige Vertragspartner bei Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters voll zu leisten hat, selbst aber nur eine Insolvenzforderung auf die Gegenleistung geltend machen kann.

b. Friedensfunktion und Gläubigergleichbehandlung

1. Als zweite zentrale Zielsetzung des Insolvenzrechts ist die **Gläubigergleichbehandlung** (*par condicio creditorum*) zu nennen, die ihrerseits in der **Friedensfunktion** der Rechtsordnung im Allgemeinen und des Insolvenzrechts im Besonderen wurzelt[850]: Die (ungesicherten) Insolvenzgläubiger bilden unterschiedslos eine *Gefahrengemeinschaft*[851]; sie müssen daher die Verluste verhältnismäßig hinnehmen, die sich ergeben, wenn der Haftungsfonds

849 Unten 3. Kapitel § 4 C; S 237 ff.

850 Siehe etwa *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 1; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht[4] Rz 8 f; *F. Bydlinski*, Gleichbehandlungsgrundsatz 43 f; *derselbe*, System und Prinzipien 299 ff; *Koziol*, Gläubigeranfechtung 16 f; *derselbe*, FS Wesener 267 (269); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 2.01 und 2.23; *Thole*, Gläubigerschutz 17 (der von einem *Gläubigerkonkurrenzrisiko* spricht). Demnach bricht in der Notsituation eines unzureichenden Befriedigungsfonds – sobald also die Gefahr der Uneinbringlichkeit von Forderungen greifbar und offenkundig wird – das System eigenverantwortlicher Schuldenregulierung zusammen, weil der Schuldner seine Vermögensverhältnisse nicht mehr privatautonom zu steuern vermag. Das der Einzelzwangsvollstreckung eigene *Prioritäts- beziehungsweise Präventionsprinzip* beschwört die Gefahr offener und gemeinschädlicher Konflikte herauf, weshalb es geboten ist, vom Grundsatz des freien Wettlaufs der Gläubiger abzugehen und die Gläubiger zu einer Gemeinschaft zusammenzufassen: Der Ablauf ihrer Befriedigung soll durch besondere materielle Regeln und durch ein Verfahren mit hoheitlicher (gerichtlicher) Kontrolle näher organisiert sein (siehe dazu *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 [513 mit weiteren Hinweisen aus der Rechtsgeschichte]). Einen (unmittelbaren) Zusammenhang zwischen Friedensfunktion und Gläubigergleichbehandlung verneinend allerdings *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 2.17 ff, nach dessen Ansicht für die Gleich- oder Ungleichbehandlung der Gläubiger allein privatrechtliche Gründe maßgebend sein sollen (siehe auch den auf einer Ausgleichshaftung beruhenden Deutungsversuch von *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 [insbesondere 515 ff] sowie *derselbe*, Insolvenzrecht[4] Rz 2.24 ff; näher dazu unten S 299 FN 1208). Weitere umfangreiche Nachweise zum keineswegs einheitlichen Meinungsstand bei *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 271 ff sowie 333 ff mit eigenem Erklärungsmodell; einen abweichenden – in der ökonomischen Analyse des Rechts wurzelnden – Ansatz vertritt *Wilmowsky*, NZG 1998, 481 (483 mit weiteren Hinweisen).

851 Die Materialien zur deutschen Konkursordnung 1877 (*Motive* KO 90 = *Hahn*, Materialien 105) sprechen anschaulich von *Unglücksgenossen*.

unzulänglich[852] ist[853]. Auch und gerade die Gläubigergleichbehandlung provoziert in der Umsetzung einen **Konflikt mit dem allgemeinen Synallagmaschutz** – und zwar in mehrfacher Form. Zum einen ist über den Prinzipienvorrang zu entscheiden, wenn der Insolvenzverwalter **Erfüllung verlangt**: Genießt ein Vertragspartner im aufrechten Vertrag weiterhin (also auch nach Insolvenzeröffnung) den Schutz des Synallagmas, sodass er seine Leistung nur erbringen muss, wenn ihm die Insolvenzmasse die Gegenleistung voll erbringt, während andere Insolvenzgläubiger nur quotal befriedigt werden? Zum anderen entsteht derselbe Prinzipienkonflikt bei **Vertragsauflösung** – sei es durch den Insolvenzverwalter (§ 21 Abs 1, § 23 IO), sei es durch den Vertragspartner (§ 918 ABGB iVm § 25a IO) –, wenn die bereits erbrachten Leistungen rückabzuwickeln sind. Auch in dieser Konfliktsituation ist zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Rechtsordnung dem einen Prinzip (Synallagmaschutz) Vorrang gegenüber dem anderen (Gleichbehandlungsgrundsatz) gewährt[854].

3. Relevante Prinzipien des allgemeinen Privatrechts

a. Vertragstreue

1. Neben dem eingangs[855] bereits beleuchteten Synallagmaschutz ist als weiterer privatrechtlicher Grundsatz das Prinzip der Vertragstreue anzuführen. Die Bindungswirkung von Rechtsgeschäften bildet einen der Grundpfeiler der gesamten Privatrechtsordnung und gründet auf dem Bedarf nach Vertrauensschutz und Verkehrssicherheit[856]; hinzu kommt der rechtsethische Gedanke der Vertragstreue[857]. Die hier untersuchte Fragestellung ist von der

852 Treffend etwa *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 205: *Haftungsverwirklichung unter Knappheitsbedingungen*; siehe auch *dieselbe*, Insolvenz-Forum 2009, 81 (86).

853 *Holzhammer*, Insolvenzrecht^5 77. Siehe auch *Denkschrift* KO 39 und etwa *G. Koziol*, FS Koziol 1229 (1233). Nach *Wilburg* (JBl 1949, 29 [30]; *derselbe*, Bewegliches System 8; zustimmend *Baier*, RZ 1971, 127 [131]) ist die Gleichheit, die alle Gläubiger verhältnismäßig befriedigt, nur eine Verlegenheitsregel, die in Ermangelung eines stärkeren Prinzips gilt. Ein stärkeres, innerlich begründetes Prinzip sei die *Wertverfolgung*, die jedem Gläubiger jenen Wert zuspricht, den der Schuldner von ihm besitzt. Ähnlich sieht auch *Mokal* (Cambridge Law Journal 60, 611 ff) die Gleichbehandlung nur als Verlegenheitsregel, auf die die Rechtsordnung zurückgreift, weil es zu aufwendig wäre, im Einzelfall anhand sachlicher Kriterien zu prüfen und zu verteilen.

854 Unten 3. Kapitel § 4 B.III; S 228 ff.

855 Oben 3. Kapitel § 3 C.II; S 161 ff.

856 *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts 235; *F. Bydlinski*, Privatautonomie 69 und 135 f. Siehe auch *denselben*, System und Prinzipien 156 f. Dazu eingehend bereits oben S 80 f mit weiteren Nachweisen.

857 *F. Bydlinski*, Privatautonomie 137, der (aaO 66) aber auch anschaulich darlegt, dass grundsätzlich bereits der Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit ausreicht, um die Vertragsbindung zu begründen.

Vertragstreue in zweierlei Hinsicht berührt: Zum einen – dies wurde bereits angesprochen[858] – erweitert das Insolvenzrecht die **rechtliche Bewegungsfreiheit des Insolvenzverwalters**, um ihm die optimale Masseverwertung zu ermöglichen (§ 21 Abs 1, § 23, § 26 Abs 3 IO); dadurch lockert das Insolvenzrecht die Vertragstreue auf Seiten des Schuldners beziehungsweise der Insolvenzmasse.

2. Zum anderen steht die Vertragstreue in Widerstreit mit dem **Synallagmaschutz**: Im Lichte der Vertragstreue darf nämlich auch ein Vertragsteil, dessen Leistungserbringung gestört ist, darauf vertrauen, dass er die ihm zugesagte Gegenleistung dennoch erhält[859]. Wie dieser Konflikt zwischen Vertragstreue und Synallagmaschutz aufzulösen ist, regelt das allgemeine Leistungsstörungsrecht. Damit ist kein spezifisches Problem der hier interessierenden insolvenzrechtlichen Konstellation aufgeworfen; im Rahmen dieser Untersuchung ist es daher nicht erforderlich, dieser Prinzipienkollision weiter nachzuspüren.

b. Gläubigergewahrsame und Vertrauensschutz

Wie bereits angeklungen ist[860], kann für die Rechtsposition des Gläubigers auch bedeutsam sein, dass er einen **vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert noch in Händen hält**. Gemeinhin bringt man den mit der Gläubigergewahrsame verbundenen besonderen Schutz wohl lediglich mit dem Faustpfandprinzip in Zusammenhang; es handelt sich aber – wie ebenfalls bereits herausgestrichen – um ein Bauprinzip, das prima vista zahlreiche Sicherungsinstrumente durchzieht, insbesondere die Aufrechnungslage und die Zurückbehaltungsrechte. Danach bewirkt Gewahrsame an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert, dass der Gläubiger gegenüber anderen ungesicherten Gläubigern privilegiert ist. In dieser abstrahierenden, über das Faustpfandprinzip hinausgehenden Form scheint ein solcher Grundsatz derzeit noch nicht scharf konturiert, ja wahrscheinlich noch nicht einmal richtig identifiziert worden zu sein. Bloß in Einzelfragen weist man bisweilen darauf hin, dass es einen Unterschied machen müsse, ob der Gläubiger einen Vermögenswert bereits aus der Hand gegeben hat oder nicht[861]. Einzelheiten dazu werden im Folgenden **erst zu entwickeln** sein[862]. Für den Moment genügt es, sich bewusst zu machen, dass das positive Recht nicht nur mehrfach, sondern sogar durchgehend anhand dieses Kriteriums differenziert. Es wird sich zeigen, dass es dieses Kriteriums ferner erlaubt zu erklären, *weshalb* der innehabende Gläubiger – insbesondere der Faustpfand-

858 Oben 3. Kapitel § 3 C.III.2; S 193 ff.
859 Anschaulich und eingehend dazu *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 79 ff.
860 Oben S 185 f und S 198 f.
861 Siehe etwa die Nachweise unten 3. Kapitel § 4 C.I.1; S 238 f.
862 Unten 3. Kapitel § 4 C; S 237 ff.

gläubiger und Zurückbehaltungsberechtigte – nicht mit den Befriedigungsrechten anderer Gläubiger konkurriert, sondern bevorzugt behandelt wird. Die innere Rechtfertigung hierfür liegt – um es vorwegzunehmen – darin, dass die Gläubigergewahrsame **besonderes Vertrauen** begründet, und zwar nicht nur – wie es dem klassischen Verständnis zum Faustpfandprinzip entspricht – ein überindividuelles Vertrauen des Verkehrs, sondern auch ein individuelles Vertrauen des konkreten Gläubigers, der den Vermögenswert in seiner Gewahrsame hat. Der Schutz dieses Vertrauens rechtfertigt es, den innehabenden Gläubiger bevorzugt zu befriedigen. Damit liegt der **Konflikt** mit dem **Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung** offen zu tage.

§ 4 Auflösung der Prinzipienkonflikte

Der vorangehende Abschnitt (§ 3) hat den Standort des Synallagmaschutzes und seine Berührungspunkte mit den Bauprinzipien des allgemeinen Privatrechts und des Insolvenzrechts bestimmt. Der folgende Abschnitt untersucht, wie das positive Recht die daraus entstehenden und bereits skizzierten Konfliktsituationen auflöst. Am Ausgangspunkt steht die Kollision der **Vertragstreue mit der Maxime der optimalen Masseverwertung**[863]; daran schließt der Konflikt zwischen **Synallagmaschutz und den Insolvenzzwecken** an[864]. Zuletzt widmet sich die Analyse dem Aufeinandertreffen zwischen dem (bislang nur skizzierten) **Vertrauensschutz infolge Gläubigergewahrsame** und der **Gläubigergleichbehandlung**[865]. Diese einzelnen Prinzipienkonflikte werden auf Basis der gesetzlichen Wertungen zu lösen sein, um sodann in einer Zusammenschau zu ermitteln, wie die – am Ausgangspunkt stehende – Frage nach der Behandlung des vorleistungspflichtigen Vertragspartners systemkonform zu beantworten ist[866]: Für diese Situation hält das Gesetz keine eindeutige Regelung bereit, was eine Analogie erforderlich macht. Sofern man sie aber als vom Gesetzeswortlaut erfasst ansieht, so ist die vorgesehene Rechtsfolge zweifelhaft, sodass die gesetzliche Regelung unter Umständen teleologisch zu reduzieren sein wird[867].

A. Vertragstreue versus Maxime der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung

I. Befund: graduelle Lockerung der Vertragstreue

1. Betrachtet man das Aufeinandertreffen von Vertragstreue und Maxime der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, so ist – wie schon erwähnt[868] – zu-

863 Sogleich im Anschluss 3. Kapitel § 4 A.
864 3. Kapitel § 4 B; S 219 ff.
865 3. Kapitel § 4 C; S 237 ff.
866 Unten 3. Kapitel § 5; S 323 ff.
867 Dazu oben 3. Kapitel § 1 C; S 140 ff. Zur teleologischen Reduktion grundlegend etwa *Canaris*, Feststellung von Lücken 82 ff.
868 Oben 3. Kapitel § 3 A; S 157.

nächst davon auszugehen, dass die Insolvenzeröffnung fürs Erste nichts an der Geltung der allgemeinen privatrechtlichen Prinzipien ändert: Im Allgemeinen – so die (in Österreich) einhellige Auffassung[869] – hat die Insolvenzeröffnung keinen Einfluss auf den **Fortbestand zweiseitiger Verträge**; die Treue zum gegebenen Wort verliert ihre Bindungskraft durch die Insolvenzeröffnung also nicht[870]. Ebenfalls ist bereits zur Sprache gekommen, dass die insolvenzrechtlichen Bestimmungen zur Verfolgung der Maxime der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung allerdings auch einige **Abweichungen beziehungsweise Durchbrechungen** zu den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln vorsehen, und zwar sowohl in die eine wie in die andere Richtung: Während es dem *Vertragspartner* des Schuldners tendenziell *erschwert* wird, sich von diesem zu lösen[871], wird die Bindung der Insolvenzmasse beziehungsweise des Insolvenzverwalters an das gegebene Wort wesentlich *gelockert* und damit ihre/seine rechtliche Bewegungsfreiheit erweitert. Im Rahmen der hier konkret angesprochenen Prinzipienkollision (Vertragstreue versus bestmögliche Gläubigerbefriedigung) ist das Augenmerk zunächst nur auf jene Sonderbestimmungen zu richten, die es der Insolvenzmasse beziehungsweise dem **Insolvenzverwalter erleichtern, sich** von einem nach allgemeinen Regeln an sich bindenden Rechtsgeschäft des Schuldners **zu lösen**[872].

2. Am weitesten reicht dabei § 26 Abs 3 IO, wonach Willenserklärungen[873] des Schuldners, die der Erklärungsempfänger vor Insolvenzeröffnung **noch nicht angenommen** hat, ihre Bindungswirkung (§ 862 Satz 3 ABGB) ipso iure[874] verlieren. Für Offerten des Schuldners, die durch Annahme[875] auf Seite des Erklärungsempfängers (also des Vertragspartners) bereits vor Insolvenzeröffnung zur **Vertragsperfektion** geführt haben, berechtigt § 21 IO den Insolvenzverwalter, die weitere[876] *Erfüllung abzulehnen*, sofern der Vertrag von keiner der beiden Seiten vollständig erfüllt ist. Wenngleich die Tatbestände von § 26 Abs 3 IO und § 21 IO unterschiedlich konstruiert sind, stellen beide Bestimmungen für den Insolvenzverwalter grundsätzlich dieselbe

869 Nachweise oben S 195 FN 830.
870 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 1.06.
871 Dazu schon zuvor oben S 197 f.
872 Den Auflösungsmöglichkeiten für Arbeitsverhältnisse liegen zu einem wesentlichen Teil spezielle sozialpolitische, somit daher insolvenzfremde und nicht verallgemeinerungsfähige Wertungen zugrunde; die folgende Analyse sieht daher davon ab, sie in die Betrachtung miteinzubeziehen (siehe auch oben S 196 FN 839).
873 Zur dieser Auslegung des Gesetzesterminus „Anträge“ in § 26 IO oben S 195 FN 832.
874 *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 26 KO Rz 22.
875 Entscheidend ist, dass die Annahmeerklärung vor Insolvenzeröffnung zugeht (*Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 274; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 26 KO Rz 22; *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26 KO Rz 75).
876 Dazu siehe schon S 133 f oben samt Nachweisen zum Meinungsstand.

Situation her[877]: Verspricht es für die Insolvenzmasse keine wirtschaftlichen Vorteile, an der vom Schuldner abgegebenen Willenserklärung festzuhalten, so kann sich der Insolvenzverwalter entweder (bei bereits erfolgter Annahme) von dem schon zustande gekommenen Vertrag lösen (§ 21 Abs 1 IO) oder er ist an sein Offert (bei noch nicht erfolgter Annahme) nicht mehr gebunden (§ 26 Abs 3 IO). Denselben Effekt hat das besondere Kündigungsrecht für Bestandverhältnisse, das der Insolvenzverwalter unabhängig von vereinbarten (längeren) Fristen ausüben kann (§ 23 IO)[878].

Erscheint es für die Insolvenzmasse hingegen **wirtschaftlich sinnvoll**, den Vertrag abzuwickeln, kann der Insolvenzverwalter das noch nicht angenommene und daher erloschene (§ 26 Abs 3 IO) **Angebot erneuern**[879] und darauf hoffen, dass es angenommen wird. Hat der Erklärungsempfänger das Angebot bereits angenommen, wird sich der Insolvenzverwalter entscheiden, den dadurch zustande gekommenen Vertrag zu erfüllen (**Eintrittsrecht** nach § 21 Abs 1 IO) oder von einer Kündigung des Bestandverhältnisses (§ 23 IO) abzusehen; er kann somit vom Vertragspartner Erfüllung verlangen und die Gegenleistung in die Masse ziehen. Darauf, wie das Synallagma bei Abwicklung zu behandeln ist, wird noch gesondert einzugehen sein[880]. Hier liegt das Augenmerk zunächst nur darauf, dass das Insolvenzrecht die *Vertragstreue abschwächt*, indem es Offerten des Schuldners erlöschen lässt und den Insolvenzverwalter berechtigt, zurückzutreten oder zu kündigen (wie es dabei um den *Synallagmaschutz* bei Auflösung des Vertrages bestellt ist, wird wiederum eigens zu behandeln sein[881]).

3. Soll § 21 IO ausgelegt und seine Wirkungsweise bestimmt werden, ist für das Verständnis entscheidend, welche gesetzliche Wertung dieser Abschwä-

877 *Denkschrift* KO 29; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 26 KO Rz 22. Abweichend jedoch *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26 KO Rz 76: Grund für das Erlöschen von Anträgen des Schuldners sei, dass andernfalls durch die mögliche Annahme des Antrags weder eine Insolvenz- noch eine Masseforderung begründet würde; eine Insolvenzforderung liege nicht vor, weil der Anspruch des Dritten im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht einmal bedingt oder betagt bestanden habe, denn dieser entstehe erst mit Annahme des Anbots. Eine Masseforderung bestehe ebenso wenig, weil keine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters (§ 46 Z 5 IO) vorliege. Ein solcher Standpunkt argumentiert meines Erachtens zu formal. Einwenden lässt sich wohl vor allem, dass das Anbot des Schuldners grundsätzlich bindend ist, sodass dem Erklärungsempfänger ein Gestaltungsrecht zukommt; die darin liegende Rechtsmacht erlaubt es, eine bedingte Forderung gegen den Schuldner anzunehmen (daher wohl missverständlich OGH 8 Ob 4/92 in JBl 1994, 52); siehe bereits *Riss*, FS Fenyves 957 (964); zustimmend *Perner* in KLS, IO[2] § 26 Rz 16.

878 *Riss* in KLS, IO[2] § 23 Rz 3 mit weiteren Hinweisen.

879 *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 26 KO Rz 22; *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26 KO Rz 75.

880 Unten 3. Kapitel § 4 B.III; insbesondere S 229 f.

881 Unten 3. Kapitel § 4 B.II; S 222 ff.

chung der Vertragstreue zugunsten der Insolvenzmasse zugrunde liegt. Abstrahierend betrachtet liegt die Rechtfertigung hierfür – wie bereits angedeutet[882] – darin, dass der **rechtliche Bewegungsspielraum** des Insolvenzverwalters gegenüber den allgemeinen Regeln und zulasten des Vertragspartners/Erklärungsempfängers **erweitert** werden soll, um es ihm zu ermöglichen, die Insolvenzmasse möglichst optimal zu verwalten und zu verwerten und damit die **Gläubiger bestmöglich zu befriedigen**[883]. Damit opfert das Insolvenzrecht die Einzelinteressen von Gläubigern teilweise dem Gesamtinteresse der Gläubigergemeinschaft[884]. Mag damit die Vertragstreue auf Seiten der Insolvenzmasse auch erheblich abgeschwächt sein, gänzlich aufgehoben ist sie keineswegs. Näher besehen zeigt sich vielmehr, dass das Insolvenzrecht den Dispens vom Grundsatz der Vertragstreue, also die erweiterte rechtliche Bewegungsfreiheit des Insolvenzverwalters, mit einem fein justierten Korrektiv begrenzt: Dazu wird zwischen verschiedenen **Phasen beziehungsweise Intensitäten rechtsgeschäftlicher Bindung differenziert**. Es greifen unterschiedliche Rechtsfolgen ein, je nachdem, ob es sich

a) um eine bislang noch nicht angenommene Offerte,

b) um einen bereits zustande gekommenen Vertrag oder

c) gar um einen Vertrag handelt, aus dem ein Teil seine Leistung bereits vollständig (oder in Teilen; § 21 Abs 4 IO) erbracht hat.

(a) Hat der Erklärungsempfänger eine **Offerte** des Schuldners noch **nicht angenommen**, entfaltet sie mit Insolvenzeröffnung *überhaupt keine Bindungswirkung* mehr (§ 26 Abs 3 IO)[885]: Weder kann der Erklärungsempfänger auf Erfüllung klagen, noch steht ihm ein Schadenersatzanspruch zu[886]. Aus dem Blickwinkel des allgemeinen Zivilrechts muss dies überraschen, zu-

882 Oben 3. Kapitel § 3 C.III.2; S 193 ff.

883 Zu dieser Zielsetzung des Insolvenzverfahrens siehe die Nachweise oben S 136 FN 572.

884 Diese Zielsetzung wird für die Tätigkeit des Insolvenzverwalters definiert (§ 81 Abs 2 IO); sehr deutlich in diesem Sinne etwa schon *Brachmann*, Rechtsgeschäfte 37. Mit einem etwas abweichend formulierten, im Argumentationskern jedoch wohl identischen Ansatz *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 20.04 (S 476): Der Vertragspartner sei nach Insolvenzeröffnung nicht mehr nur in die bisher bloß zweiseitige Beziehung zum Schuldner eingebunden, sondern es sei nun zu fragen, was ihm im Verhältnis zu seinen Mitgläubigern zusteht; insofern werde das zweiseitig konzipierte materielle Vertragsrecht allseitig-haftungsrechtlich modifiziert.

885 Im Einzelnen werden für die Auslegung der verba legalia „nicht gebunden“ verschiedene Sichtweisen diskutiert, doch scheinen daran im gegebenen Zusammenhang keine wesentlichen Konsequenzen anzuknüpfen; vgl dazu *Kletečka*, GesRZ 2009, 82 (82 f mit weiteren Hinweisen).

886 Dies wird zwar – soweit überblickbar – nicht explizit verneint, doch finden sich auch keinerlei Stimmen, die dem Erklärungsempfänger einen derartigen Schadenersatzanspruch zugestehen würden (siehe etwa *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 274; *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26 KO Rz 75 f; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 26 KO Rz 22).

mal für die Erfüllungsablehnung nach § 21 IO ein Ersatzanspruch des Vertragspartners sogar gesetzlich explizit vorgesehen ist und nach allgemeinen Regeln das Abstehen von einem bindenden Angebot ebenso zu Schadenersatzpflichten führen kann, wie die Nichterfüllung eines zustande gekommenen Vertrages. Auf diese scheinbare Inkonsistenz wird noch zurückzukommen sein[887].

(b) Ist bereits durch Annahme ein **Vertrag zustande gekommen**, so kann der Insolvenzverwalter die Vertragsbindung zwar ohne weiteres auflösen (§ 21 Abs 1 IO), doch steht dem Vertragspartner immerhin ein Schadenersatzanspruch auf Ersatz seines Erfüllungsinteresses als Insolvenzforderung zu (§ 21 Abs 2 IO). An die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt also zumindest ein Surrogatanspruch.

(c) Und schließlich ist eine Loslösung vom Rechtsgeschäft des Schuldners völlig ausgeschlossen, wenn zumindest eine der beiden Seiten ihre **Leistung bereits vollständig** erbracht hat; hier prävaliert die Vertragstreue also gegenüber der Maxime der optimalen Gläubigerbefriedigung.

4. Entscheidend ist nun, welchem Regelungskonzept diese gesetzlich vorgesehene Differenzierung folgt. Untechnisch gesprochen könnte man zunächst annehmen, dass die Bindungsintensität – beziehungsweise negativ betrachtet: die Möglichkeit, sich vom gegebenen Wort loszulösen – graduell danach variiert, wie weit sich die **rechtsgeschäftliche Beziehung** zwischen Vertragspartner und Schuldner in ihrem Stadium bereits fortentwickelt hat: *Je weiter das Rechtsgeschäft auf der Entwicklungsskala fortgeschritten ist, umso intensiver, das heißt umso schwieriger aufzulösen ist die gegenüber dem Vertragspartner bestehende Bindung*[888]; *als Zäsuren fungieren dabei die Vertragsofferte, der Vertragsschluss und schließlich die Erfüllung*.

II. Deutungsversuche: Suche nach den Determinanten für die graduelle Lockerung der Vertragstreue

1. Variierende Kraft der Vertragstreue?

1. Dass die zitierten insolvenzrechtlichen Bestimmungen die Bindungswirkung von Rechtsgeschäften graduell abstufen, muss man per se nicht als Sys-

887 Unten S 208 ff.

888 Ein ähnlicher Gedanke klingt schon bei *Jabornegg* (Zurückbehaltungsrecht 79 f) an, wenn er sich mit der Lockerung des Synallagmas befasst, das sich aus dem hypothetischen Parteiwillen ergibt; auch dabei geht es um die Abschwächung der Vertragstreue: Während bei gescheitertem Zustandekommen des Vertrages (also bei einer Störung des genetischen Synallagmas) grundsätzlich immer die auf wechselseitigen Leistungsaustausch gerichteten Pflichten beidseitig entfallen, soll bei Leistungsstörungen nach wirksamem Zustandekommen des Vertrages (Unmöglichwerden, konditionelles Synallagma) unter bestimmten Voraussetzungen doch das Vertrauen des anderen Teils auf die Verbindlichkeit des Versprechens und somit auf die ihm zugesagte Leistung ge-

tembruch werten[889]. Allerdings ist dunkel, warum das Gesetz gerade anhand der eben genannten Zäsuren differenziert. Klar ist zunächst nur, dass die abgestuften (Auf-)Lösungsrechte des Insolvenzverwalters Konsequenz dessen sind, dass das Insolvenzrecht die **beteiligten Interessen** je nach Konstellation in Nuancen abgestuft zum Ausgleich bringt: Dem Interesse des auf die Treue zum gegebenen Wort bauenden Vertragspartners steht – wie erwähnt – das zentrale Ziel des Insolvenzverfahrens gegenüber, die Insolvenzgläubiger möglichst optimal zu befriedigen, weshalb der Insolvenzverwalter mehr rechtliche Bewegungsfreiheit genießt, insbesondere indem man die Fesseln der Vertragstreue lockert. Unklar bleibt aber: Weshalb muss dazu das anfangs (bei einer bloßen Offerte) ganz prävalierende Interesse an optimaler Masseverwertung nach und nach (durch Annahme der Offerte und sodann nochmals durch Erfüllung) zugunsten des Vertragspartners zurückstehen?

2. Für Verwirrung sorgt dabei, dass es dem allgemeinen Zivilrecht fremd ist, auf diese oder vergleichbare Weise die **Bindungskraft von Rechtsgeschäften** und damit die **Vertragstreue abzustufen**. Zwar ist das der Vertragstreue zugrunde liegende Vertrauensprinzip einer Abstufung fähig[890], doch entfaltet eine Willenserklärung mangels besonderer Abreden (Vorvertrag, Angeld, Reugeld etc) *vor* ihrer Annahme, *nach* ihrer Annahme und ebenso *nach Erfüllung* der durch sie begründeten Leistungspflicht grundsätzlich immer *dieselbe Intensität* an Bindung[891]. Diese Bindung ist – wie erwähnt[892] – mit dem für die Verkehrssicherheit erforderlichen Vertrauensschutz zu erklären. Gründe dafür, weshalb sich der dem Vertragspartner im Allgemeinen zuteilwerdende Vertrauensschutz graduell verschiebt, sobald die im Insolvenzrecht vorgegebenen Zäsuren erreicht sind, lassen sich meines Erachtens nicht ausmachen. Es liegt somit *nicht* an der variierenden Kraft der Vertragstreue, wenn das Insolvenzrecht die rechtsgeschäftliche Bindung graduell lockert;

---

schützt werden. In diesen Fällen bleibe die Pflicht zur Gegenleistung unter Umständen bestehen, obwohl die Leistungspflicht entfällt. Auch bei *Jabornegg* lautet der Befund damit offensichtlich, dass die Vertragsperfektion eine an sich schon durch die bloße Offerte ausgelöste Bindungswirkung weiter intensiviert.

889 Siehe sogleich insbesondere bei und in FN 890.

890 *F. Bydlinski*, Privatautonomie 122.

891 Eine ähnliche Differenzierung könnte man allenfalls bei der Irrtumsanfechtung im Rahmen der Tatbestandsvariante der rechtzeitigen Aufklärung vermuten: Anhand dieses Tatbestandselements stuft das Privatrecht den Vertrauensschutz ebenfalls abhängig davon ab, wie weit das Rechtsgeschäft bereits „vorangeschritten" ist. Für die Intensität der Vertragstreue ist dabei allerdings maßgebend, dass bereits *wirtschaftliche Dispositionen* im Vertrauen auf die Wirksamkeit (= Bindung) der Erklärung getroffen wurden (statt aller siehe nur *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB, ABGB[7] § 871 Rz 16 je mit weiteren Hinweisen). Auf einen solchen Umstand stellen die insolvenzrechtlichen Bestimmungen aber gerade nicht ab. Die oben (im Text) identifizierten Zäsuren sind damit in der Tat als eine insolvenzrechtliche Besonderheit einzustufen.

892 Oben S 200.

vielmehr müssen Grund und Rechtfertigung für diese Wirkung darin zu suchen sein, dass das Gewicht jener Prinzipien oder Interessen zunimmt, die in solchen Situationen mit der Vertragstreue kollidieren.

2. Wechselndes Gewicht der Maxime der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung?

1. Sucht man nach der Rechtfertigung dafür, dass das Insolvenzrecht die Vertragstreue stufenweise lockert, könnte sohin relevant sein, dass das andere (neben der Vertragstreue) in dieser Kollision tangierte Prinzip in seiner Bedeutung wechselt; konkret: Das Gewicht der Maxime der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung nimmt ab. Bei dieser Sichtweise wäre es dem Insolvenzverwalter deshalb Schritt für Schritt erschwert, sich vom Vertragspartner zu lösen, weil das fortschreitende Entwicklungsstadium der rechtsgeschäftlichen Beziehung jenen **wirtschaftlichen Vorteil abnehmen** lässt, den die Insolvenzmasse aus ihrer Auflösung erzielen kann. Der Maxime der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung käme somit gegenüber der Vertragstreue nach und nach weniger Relevanz zu, sodass das Ergebnis der Interessenabwägung stufenweise zu Gunsten der Vertragstreue verschoben wäre. Das scheint geeignet zu erklären, weshalb es die Rechtsordnung graduell erschwert, Bindungen der Insolvenzmasse gegenüber dem Vertragspartner aufzulösen. Ein solcher Gedankengang könnte prima vista sogar in Überlegungen eine Stütze finden, die man für den spiegelbildlichen Fall angestellt hat, in dem sich der Insolvenzverwalter dazu entscheidet, sein Eintrittsrecht auszuüben: Die Befugnisse des Insolvenzverwalters hängen davon ab, dass die Insolvenzmasse dadurch (noch) wirtschaftliche Vorteile lukrieren kann[893].

893 Dies kommt zum einen schon in dem Tatbestandsmerkmal des nicht vollständig erfüllten Vertrages zum Ausdruck: Bei *vollständiger Erfüllung auf Seiten des Vertragspartners* kann der Insolvenzverwalter durch den Eintritt keine zusätzlichen Vorteile in die Masse ziehen (oben S 150 f FN 628 mit weiteren Nachweisen). Zum anderen verneint man beim *beidseitig noch nicht voll erfüllten Vertrag* die Möglichkeit/Wirksamkeit des Vertragseintritts, wenn der Insolvenzverwalter damit keine wirtschaftlichen Vorteile lukrieren kann, so insbesondere wenn der Schuldner seine Forderung auf die Gegenleistung bereits abgetreten hat: Hat der Schuldner (= Zedent) die Forderung gegen den Vertragspartner (= Zessus) rechtsgeschäftlich übertragen *und* dafür eine Gegenleistung des Dritten (= des Zessionars) erhalten, kann die Erfüllung des Vertrages gegenüber dem Vertragspartner der Insolvenzmasse keine Vorteile mehr bringen; die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters soll daher unwirksam sein (*Koziol*, ÖBA 1998, 745 [752 ff] in Fortentwicklung der Überlegungen von *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] Rz 4.27 ff [insbesondere Rz 4.45 ff]; *Henckel*, FS Lüke 237 [253 f]; *Roth*, FS Rolland 305 [313]). Dieselbe Überlegung liegt wohl auch der These *Bollenbergers* (ÖBA 1994, 825 [831]) zugrunde, wonach § 21 IO beim treuhändigen Erwerb nur unter der Voraussetzung anzuwenden sein soll, dass der Insolvenzverwalter noch über den Leistungsgegenstand disponieren kann (dazu bereits *Riss*, ÖBA 2008, 18 [25 FN 71]).

2. Näher besehen ist aus solchen Überlegungen allerdings **nichts zu gewinnen**, wenn man teleologisch deuten will, weshalb das Insolvenzrecht die Vertragstreue stufenweise lockert. Wer dem Insolvenzverwalter das Eintrittsrecht wegen fehlender wirtschaftlicher Vorteile versagt, legt sich nur zu der Frage fest, ob sich der Insolvenzverwalter wirksam *für* die Erfüllung und damit *für* die ungekürzte Befriedigung des Vertragspartners (§ 46 Z 4 IO) entscheiden kann; damit ist ein Prinzipienkonflikt angesprochen, der zwischen der Maxime der bestmöglichen Masseverwertung einerseits und dem Prinzip der *Gläubigergleichbehandlung* andererseits angesiedelt ist. Hier steht hingegen zur Diskussion, warum das (Auf-)Lösungsrecht des Insolvenzverwalters abgestuft ausgestaltet ist; darin kollidiert aber – wie erwähnt – die Maxime der bestmöglichen Masseverwertung mit der *Vertragstreue*. Schon aus diesem Grund scheint die zuvor dargelegte Argumentation nicht übertragbar. Abgesehen von diesem dogmatischen Einwand kann man wohl zudem in Zweifel ziehen, ob die eingangs unterstellte faktische Prämisse hält: Denn es ist fraglich, ob wirtschaftliche Vorteile, die die Insolvenzmasse mithilfe der Lösungsbefugnis erzielen kann, tatsächlich typischerweise abnehmen, je weiter das Entwicklungsstadium der Bindung fortgeschritten ist[894]. Im Ergebnis scheint es damit auch wenig überzeugend, die abgestufte Schwächung der Vertragstreue gegenüber dem Vertragspartner damit zu begründen, dass das Gewicht der Maxime der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung variiert.

3. Schutz (überindividueller) Verkehrsinteressen: anwachsendes Vertrauen auf den Haftungsfonds des Vertragspartners

1. Nach den bisherigen Überlegungen gelingt es nicht, die graduelle Abschwächung der Vertragstreue im Insolvenzrecht damit zu legitimieren, dass

894 Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte sollte man vielmehr davon ausgehen, dass es typischerweise stets denselben wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, wenn die Insolvenzmasse von einem wirtschaftlich ungünstigen Geschäft befreit wird, egal ob dies bloß eine Offerte des Schuldners betrifft, ob die Offerte bereits angenommen wurde oder ob das Geschäft bereits erfüllt wurde und nunmehr rückabgewickelt werden müsste. Gegen diese Annahme lassen sich auch nicht jene Überlegungen einwenden, die man im Zusammenhang mit der ratio von Art 8 Nr 21 4. EVHGB ins Treffen geführt hat (S 182 mit weiteren Hinweisen): Zwar versagte man dort das Rücktrittsrecht nach bereits erfolgter Übergabe in der Tat deswegen, weil die Rückabwicklung typischerweise mit Schwierigkeiten verbunden sein soll. Diesen Nachteil unterstellte der Gesetzgeber jedoch – wie sich aus dem Anwendungsbereich dieser Bestimmung ergab – nur hinsichtlich einer Sachleistung und nur im kaufmännischen Verkehr (daher meines Erachtens richtigerweise keine analoge Anwendung außerhalb des Handelsrechts; oben S 183 mit weiteren Hinweisen). Die Art 8 Nr 21 4. EVHGB unterstellte gesetzgeberische Annahme erscheint daher nicht derart verallgemeinerungsfähig, dass man sie dem generell eingreifenden Erfüllungswahlrecht nach § 21 IO zugrunde legen könnte.

man allein die daran beteiligten Individualinteressen gegeneinander abwägt: Vertrauensschutz auf Seiten des Vertragspartners einerseits und Maxime der optimalen Gläubigerbefriedigung auf Seiten der Insolvenzmasse andererseits. Es scheint somit angezeigt, die gesetzlich vorgesehenen, abgestuften Rechtsfolgen aus einem erweiterten Betrachtungswinkel zu deuten und hierfür auch überindividuelle Interessen Dritter, also **Verkehrsinteressen** miteinzubeziehen[895]. Denn das Bedürfnis nach Verkehrsschutz ist keine feststehende Größe, sondern lässt sich ebenfalls **abstufen**[896]. Ein Rekurs darauf erscheint also bei erstem Hinsehen ein taugliches Instrument zu sein, um teleologisch zu rechtfertigen, weshalb die Bindungswirkung von Rechtsgeschäften gegenüber dem Vertragspartner des Schuldners graduell gelockert ist.

2. Wer die Vertragstreue zulasten des Vertragspartners/Erklärungsempfängers lockert, nimmt in Kauf, dass vermögenswerte Positionen in dessen Sphäre schwinden. Als Schutzobjekt der maßgebenden Verkehrsinteressen lässt sich damit das **Vertrauen Dritter auf den Umfang des Haftungsfonds beim Vertragspartner**/Erklärungsempfänger festmachen[897]. Das erscheint als Ausgangspunkt in der Tat geeignet, die gesetzlich vorgesehenen Zäsuren zu erklären:

(a) Solange der Anbotsadressat bloß über die Möglichkeit verfügt, eine **Offerte des Schuldners** anzunehmen, ist das Vertrauen Dritter auf den darin liegenden Vermögenswert im Haftungsfonds des Anbotsadressaten *nicht schutzwürdig*. Dritte müssen nämlich damit rechnen, dass der Anbotsadressat die Offerte ausschlägt oder die Bindungsfrist verstreichen lässt und somit den im Anbot liegenden Vermögenswert nicht realisiert. Bevor der Anbotsadressat die Offerte angenommen hat, können seine Gläubiger auf den im

895 Dass es geboten ist, überindividuelle Interessen auch im Insolvenzrecht zu berücksichtigen, zieht man generell nicht in Zweifel (*F. Bydlinski*, System und Prinzipien 301; *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 237 f mit weiteren Hinweisen). Diskutiert wird allerdings, in welchem Ausmaß dies zulässig sein soll (meines Erachtens zutreffend restriktiv hinsichtlich sozialer Nützlichkeit *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 1.13).

896 Anschaulich *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 144 ff mit weiteren Hinweisen.

897 Überindividuelles Vertrauen und Verkehrsschutz mit Blick auf den nach außen wahrnehmbaren Haftungsfonds bringt man gemeinhin nur ins Spiel, wenn es um Publizitätserfordernisse für dingliche Sicherungsrechte geht (siehe unten S 253 f). Gleichwohl handelt es sich dabei um ein das Insolvenzrecht allgemein – also auch abseits der dinglichen Sicherungsrechte – durchziehendes Regelungsprinzip. Eben dieselbe Überlegung taucht in den Materialien zur dKO 1877 etwa im Zusammenhang mit der Frage auf, ob der Erfüllungsablehnung bei beidseitig nicht vollständig erfüllten Verträgen ex tunc-Wirkung zukommen soll; dies lehnten die Gesetzesverfasser mit der Überlegung ab, ein Dritter könnte in seinem Vertrauen darauf enttäuscht werden, dass die rückabzuwickelnden Leistungen zum Haftungsfonds des Schuldners gehören (*Motive* KO 90 = *Hahn*, Materialien KO 105). Zuletzt hat man diesen Gedanken auch im Zusammenhang mit dem Vertrauen der Gläubiger des Faustpfandgläubigers überzeugend ins Treffen geführt; *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1373).

Anbot liegenden Vermögenswert auch nicht exekutiv zugreifen[898]. In einer solchen Konstellation treffen daher lediglich die Maxime der optimalen Masseverwertung und die Vertragstreue aufeinander; überindividuelle Interessen Dritter schlagen hier nicht zu Buche, weil es kein von der Rechtsordnung geschütztes Vertrauen darauf gibt, dass ein Vermögenswert zum Haftungsfonds des Anbotsadressaten gehört. Die Rechtsordnung entscheidet diese Kollision deshalb zugunsten des insolvenzrechtlichen Ziels: Die Maxime der optimalen Gläubigerbefriedigung prävaliert gegenüber der Vertragstreue; dies drückt sich insbesondere darin aus, dass dem Vertragspartner keine Schadenersatz-/Surrogatansprüche zustehen. Auf Grundlage dieser in § 26 Abs 3 IO gesetzlich vorgegebenen Lösung kann somit meines Erachtens die allgemeine Kollisionsregel formuliert werden: Das **insolvenzrechtliche Ziel der bestmöglichen Masseverwertung prävaliert gegenüber dem Individualinteresse des Vertragspartners auf Vertragstreue**.

(b) Hat der Vertragspartner hingegen vor Insolvenzeröffnung die **Offerte des Schuldners bereits angenommen**, existiert in seinem Vermögen ein pfändbarer Leistungsanspruch gegen den Schuldner. Dritte können darauf vertrauen, dass der darin liegende Vermögenswert nun zum Haftungsfonds des Vertragspartners gehört. Ihr Vertrauen muss die Rechtsordnung schützen. Somit geht es nicht mehr an, eine Konfliktlösung allein dadurch zu finden, dass man die Individualinteressen des Vertragspartners und jene der Insolvenzmasse gegeneinander abwägt; vielmehr ist nun ebenso das überindividuelle Vertrauen Dritter miteinzubeziehen. Dass der Insolvenzverwalter die vertragliche Bindung der Insolvenzmasse gegenüber dem Vertragspartner auflöst, kann man demnach nicht ohne weiteres zulassen; es genügt nicht mehr, dass – wie unter (a) herausgearbeitet – das insolvenzrechtliche Ziel der bestmöglichen Masseverwertung schwerer wiegt als das Individualinteresse des Vertragspartners auf Vertragstreue. Ein solches Verständnis steht in Ein-

898 Der betreibende Gläubiger könnte das Annahmerecht theoretisch im Namen des Verpflichteten im Wege der Exekution auf andere Vermögensrechte (§§ 326 ff EO) ausüben (zur Schwierigkeit der Grenzziehung siehe nur *Oberhammer* in Angst/Oberhammer, EO[3] § 331 Rz 5 mit weiteren Hinweisen). Eine solche Möglichkeit scheidet aus, weil dadurch dem Verpflichteten (Anbotsadressat) ein Vertrag mit dem Dritten (Anbotssteller) aufgezwungen wäre, den er möglicherweise nie geschlossen hätte. Ebenso wenig ist denkbar, dass der betreibende Gläubiger das Anbot des Dritten (Anbotsstellers) im eigenen Namen annimmt, wäre damit doch dem Dritten ein Vertragspartner aufgedrängt, mit dem er womöglich nie kontrahiert hätte. Die Position als Anbotsadressat (bloße Möglichkeit der Anbotsannahme) begründet demnach unter keinen Umständen ein schutzwürdiges Vertrauen Dritter darauf, dass der darin liegende Vermögenswert zum Haftungsfonds des jeweiligen Anbotsadressaten gehört. Diese Sachlage spiegelt sich ebenso in den anfechtungsrechtlichen Bestimmungen wider: Nur solche Unterlassungen sind nach herrschender Auffassung als Rechtshandlungen im Sinne des § 36 IO anfechtbar, durch die der Schuldner ein Recht verliert, nicht hingegen – e contrario – solche, die bloß einen in Aussicht stehenden Erwerb vereiteln (Nachweise unten S 427 f).

klang mit der Funktionsweise von § 21 IO: Zum einen harmoniert es mit der überwiegenden (meines Erachtens zutreffenden) Auffassung[899], die die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters bloß ex nunc wirken lässt. Denn dadurch verbleiben Leistungen des Schuldners, die sich bereits im Vermögen des Vertragspartners befinden, in dessen Haftungsfonds; das Vertrauen Dritter auf deren Haftungsfondszugehörigkeit beim Vertragspartner ist damit nicht berührt, wenn der Insolvenzverwalter den Vertrag auflöst. Zum anderen entfällt der noch unbefriedigte Erfüllungsanspruch des Vertragspartners nicht ohne Ausgleich, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung ablehnt: Im Haftungsfonds des Vertragspartners tritt an die Stelle des Erfüllungsanspruchs ein Surrogatanspruch[900] (§ 21 Abs 2 Satz 2 IO: Schadenersatz auf das Erfüllungsinteresse).

Entsprechendes gilt für die Kündigung von Bestandverträgen nach § 23 IO: Ist der Bestandvertrag zustande gekommen, entstehen im Vermögen des Vertragspartners (= Bestandgebers) Bestandzinsforderungen für die vereinbarte Vertragsdauer. Sie bilden einen pfändbaren Vermögenswert; Dritte können darauf vertrauen, dass dieser Vermögenswert zum Haftungsfonds des Vertragspartners (= Bestandgebers) gehört. Kündigt der Insolvenzverwalter den Bestandvertrag vorzeitig (also vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer unter Einhaltung der kürzeren gesetzlichen Fristen), geht dem Haftungsfonds des Vertragspartners der Vermögenswert verloren, der in den zukünftigen Bestandzinsforderungen liegt; doch wird dieser Verlust durch den Schadenersatzanspruch des Vertragspartners nach § 23 IO substituiert[901]. Dem

899 Oben S 133 f mit weiteren Nachweisen.

900 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 80 f. Sinngleich spricht etwa *Brachmann*, Rechtsgeschäfte 16, von der Interesseleistung im Gegensatz zur Vertragsleistung; restriktiver aber wohl für den Begriff Erfüllungssurogat *Gernhuber*, Erfüllung und Surrogate² 96 ff. Die Gesetzesmaterialien (*Motive* KO 86 bzw 93 = *Hahn*, Materialien KO 102 und 108) beantworten die Frage, „was für ein Anspruch an die Stelle der kontraktlichen Leistung tritt", damit, dass „der Inhalt des obligatorischen Rechtsverhältnisses […] infolge [des] Unterbleibens [der weiteren Erfüllung] sich in einem Entschädigungsanspruch auflöst" und „dieser Anspruch das Surrogat der kontraktlichen Rechte" bildet. Im Ergebnis erscheint es ohne Belang, ob man diesen Anspruch seiner Natur nach als einen bürgerlich-rechtlichen oder als einen spezifisch insolvenzrechtlichen Schadenersatzanspruch qualifiziert, oder ob man gar einen besonderen Ausgleichsanspruch annimmt (so auch *Jaeger/Henckel*, KO⁹ § 17 Rz 171; *Wegener* in Uhlenbruck, InsO¹⁵ § 103 Rz 166; *Balthasar* in Nerlich/Römermann, InsO § 103 Rz 61). Zum Meinungsstand samt Nachweisen oben S 134 FN 566.

901 Zur Berechnung des Schadenersatzanspruchs siehe nur *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 23 KO Rz 18; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 20 f. Dass der Insolvenzverwalter das Bestandverhältnis vor Ablauf der vereinbarten Vertragszeit wirksam auflösen kann, indem er bloß die gesetzlichen Kündigungsfristen einhält, steht in Einklang mit dem besonderen Kündigungsrecht bei Veräußerung oder zwangsweiser Verwertung der Bestandsache (§§ 1120 f ABGB): Nach überwiegender Ansicht steht auch dem Bestandnehmer ein besonderes Kündigungsrecht unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen zu (*Klang* in Klang, ABGB² V 130; *Dirnbacher*, wobl

Haftungsfonds des Vertragspartners fließt somit in allen Fällen ein Erfüllungssurrogat zu, das jene Nachteile ausgleicht, die die Beendigung des Rechtsverhältnisses zum Schuldner im Vermögen des Vertragspartners eintreten lässt. Diese Rechtsfolge soll aber – nota bene! – eben kein Ausgleich dafür sein, dass die Vertragstreue gegenüber dem Vertragspartner abgeschwächt ist und sein Vertrauen auf das gegebene Wort enttäuscht wird; wäre ein solcher Schutz beabsichtigt, müsste er ebenso eingreifen, wenn Offerten nach § 26 Abs 3 IO ihre Bindungswirkung verlieren. Vielmehr gleicht das Insolvenzrecht diese Nachteile im Vermögen des Vertragspartners deswegen aus, um das (überindividuelle) Vertrauen Dritter auf den Haftungsfonds des Vertragspartners zu schützen[902]. Aus dem Umstand, dass der Vertragspartner seinen Schadenersatzanspruch lediglich als Insolvenzforderung geltend machen kann[903], droht dem Vertrauen Dritter auf dessen Haftungsfonds keine zusätzliche Gefahr: Gläubiger des Vertragspartners müssen stets damit rechnen, dass unbefriedigte Forderungen des Vertragspartners – mögen sie auch für dessen Gläubiger grundsätzlich ein taugliches Exekutionsobjekt darstellen – nicht oder nur teilweise einbringlich sein werden. Hingegen muss der rechtsgeschäftliche Verkehr nicht damit rechnen, dass Forderungen des Vertragspartners allein deswegen aus dessen Vermögen verschwinden, weil es der Insolvenzverwalter als nachteilig ansieht, das Rechtsverhältnis aufrecht zu erhalten und er daher seine Auflösungsrechte nach §§ 21, 23 IO ausübt.

(c) Zuletzt ist die Konstellation zu betrachten, in der der Vertrag **vollständig erfüllt** ist. Zu unterscheiden ist dabei zwischen der Erfüllung auf Seiten

---

2003, 65 [73]; OGH 6 Ob 586/76 in MietSlg 28.171; 7 Ob 541/90 in ecolex 1990, 483; obiter offenbar auch 6 Ob 602/93 in wobl 1995, 18/5; kritisch jedoch *P. Bydlinski*, Gestaltungsrechte 184 f; *Reich-Rohrwig*, ecolex 1990, 483; *Pesek* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1120 Rz 51). Das Vertrauen von Dritten (das heißt von Gläubigern des Bestandgebers) darauf, dass das Bestandverhältnis fortbesteht und der daraus resultierende Vermögenswert (Bestandzinsforderungen) dem Haftungsfonds des Bestandgebers angehört, ist demnach generell bloß für jenen Zeitraum geschützt, der den gesetzlichen Kündigungsfristen entspricht.

902 Legt man dieses Verständnis zugrunde, so erscheint es inkonsequent, dass der Schadenersatzanspruch nach herrschender Auffassung (Nachweise oben S 134 f FN 567) auch den **entgangenen Gewinn** des Vertragspartners umfassen soll: Wie dargelegt, genießt das Vertrauen des Vertragspartners auf die Treue zum gegebenen Wort grundsätzlich keinen Schutz mehr, sobald es mit der Maxime der optimalen Gläubigerbefriedigung in Konflikt gerät; dies folgt aus § 26 Abs 3 IO (oben S 211 f). Der dem Vertragspartner infolge der Erfüllungsablehnung/Kündigung (§§ 21, 23 IO) entgangene Gewinn bildet zudem keinen Vermögenswert, auf den Gläubiger des Vertragspartners exekutiv greifen können. In diesem Umfang besteht kein schutzwürdiges (überindividuelles) Vertrauen Dritter, das es gebietet, im Vermögen des Vertragspartners ein Surrogat für den entgangenen Gewinn vorzusehen; denn Dritte dürfen nur darauf vertrauen, dass der durch Annahme der Offerte begründete Erfüllungsanspruch des Vertragspartners gegen den Schuldner Teil des Haftungsfonds ist.

903 Nachweise oben S 135 FN 568.

des Schuldners und der Erfüllung auf Seiten des Vertragspartners. Beides schließt die Anwendung von § 21 IO aus. Hat der **Schuldner** vollständig erfüllt und befindet sich demnach seine Leistung im Vermögen des Vertragspartners, vertrauen Dritte wiederum darauf, dass der darin liegende Vermögenswert dem Haftungsfonds des Vertragspartners angehört. Dieses Vertrauen wäre enttäuscht, könnte die Leistung wieder in die Insolvenzmasse gezogen werden; es verbietet sich daher, dem Insolvenzverwalter zu erlauben, den Vertrag mit *ex tunc*-Wirkung aufzulösen und rückabzuwickeln[904]. Ein bloß *ex nunc* wirkender Rücktritt bringt der Insolvenzmasse keinen Vorteil, weil keine weitere Leistung an den Vertragspartner mehr ausständig ist, von der sich die Insolvenzmasse befreien könnte. Auf diesem Wege lässt sich meines Erachtens konsequent erklären, weshalb vollständige Erfüllung auf Seiten des Schuldners es ausschließt, dass der Insolvenzverwalter den Vertrag nach § 21 IO auflösen darf[905].

Hat der **Vertragspartner vollständig erfüllt**, wird häufig kein Bedarf für ein Auflösungsrecht bestehen: Die Insolvenzmasse hat bereits die gesamte Leistung aus dem Austauschverhältnis erhalten, sie muss die von ihr geschuldete Gegenleistung aber nur im Ausmaß der Insolvenzquote befriedigen; aus Sicht der Insolvenzmasse erscheint die Situation damit zumeist ohnehin wirtschaftlich günstig und der Maxime der optimalen Masseverwertung könnte nicht noch besser entsprochen werden. Doch ist ebenso denkbar, dass es für

904 Das schutzwürdige Vertrauen der Dritten wäre sogar dann enttäuscht, wenn die Leistung des Schuldners aus dem Vermögen des Vertragspartners nur Zug um Zug gegen Rückstellung der (ungekürzten) Gegenleistung des Vertragspartners in die Insolvenzmasse flösse. Denn der Insolvenzverwalter wird naturgemäß nur in jenen Situationen rückabwickeln, in denen die vom Schuldner erbrachte Leistung wertvoller ist als die an den Vertragspartner aus der Insolvenzmasse zurückzustellende Gegenleistung; damit ist eine Reduktion des Haftungsfonds, auf den Dritte vertrauen, vorprogrammiert.

905 An anderer Stelle (*Riss*, ÖBA 2008, 18 [25]; siehe auch oben S 150 f FN 628) wurde diese negative Tatbestandsvoraussetzung des § 21 IO (vollständige Erfüllung auf Seiten des Schuldners) dann als verwirklicht angenommen, wenn der Vertragspartner dem Insolvenzverwalter *nicht mehr die Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrages entgegenhalten kann*. Dies wurde mit der teleologischen Überlegung begründet, dass der Insolvenzverwalter daher jedenfalls vom Vertragspartner die Erbringung der gesamten noch ausstehenden Leistung an die Insolvenzmasse fordern könne, sodass ein Vertragseintritt des Insolvenzverwalters und die damit verbundene Behandlung des Vertragspartners als Massegläubiger (§ 46 Z 4 IO) der Insolvenzmasse keinen zusätzlichen Vorteil verschaffe. Eine Besserstellung des Vertragspartners gegenüber anderen ungesicherten Insolvenzgläubigern sei daher nicht gerechtfertigt, weshalb dem Insolvenzverwalter kein Eintrittsrecht zu gewähren sei. Dieser Gedankengang erscheint nach wie vor zutreffend, er lässt sich nun aber auf Grundlage der eben angestellten Überlegungen ergänzen. Bisher konnte man damit lediglich begründen, weshalb das Eintrittsrecht bei vollständiger Erfüllung ausgeschlossen ist; die von § 21 IO ebenfalls vorgesehene Versagung des Auflösungsrechts bei vollständiger Erfüllung auf Seiten des Schuldners konnte man so aber nicht erklären. Diese Rechtsfolge lässt sich nun ohne weiteres mit den oben im Text ausgeführten Überlegungen begründen.

die Insolvenzmasse wirtschaftlich sinnvoller ist, den gesamten Vertrag *ex tunc* aufzulösen und rückabzuwickeln, wenngleich sie die offene Gegenleistung nur gekürzt erbringen muss. Nach den zuvor herausgearbeiteten Wertungen ist es jedoch auch hier geboten, dem Insolvenzverwalter ein Auflösungsrecht zu versagen: Ausgangspunkt ist der Konflikt zwischen Vertragstreue und Maxime der optimalen Masseverwertung. Zwar wiegt – wie oben unter (a) als allgemeine Wertung aus § 26 Abs 3 IO deduziert – grundsätzlich das insolvenzrechtliche Prinzip (optimale Masseverwertung) schwerer; soweit jedoch der Schuldner bereits Leistungen erbracht hat, die in das Vermögen des Vertragspartners Eingang gefunden haben, besteht ein schutzwürdiges Vertrauen Dritter darauf, dass diese Vermögenswerte Bestandteil im Haftungsfonds des Vertragspartners sind. Das steht einer *ex tunc* wirkenden Auflösung im Wege. Eine nur *ex nunc* wirkende Auflösung kommt ebenso wenig in Betracht, weil sie für die Insolvenzmasse keinen Vorteil brächte und daher nicht mit der Maxime der bestmöglichen Masseverwertung zu rechtfertigen wäre: Zwar wäre die Insolvenzmasse von einer Insolvenzforderung des Vertragspartners auf die noch ausständige Gegenleistung befreit, doch träte an deren Stelle – wiederum um das Vertrauen Dritter darauf zu schützen, dass die Forderung auf die Gegenleistung dem Haftungsfonds des Vertragspartners angehört – der ebenfalls als Insolvenzforderung geltend zu machende Schadenersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse (§ 21 Abs 2 Satz 3 IO); die Belastung für die Masse bliebe bei ex nunc-Auflösung im Wesentlichen also dieselbe.

3. Resümierend zeigt sich: Die **graduelle Abschwächung der Vertragstreue** ist damit zu **begründen**, dass das **schutzwürdige Vertrauen Dritter auf den Haftungsfonds des Vertragspartners** zunimmt. Eine solche Sichtweise fügt sich **systemkonform** in das Insolvenzrecht ein, wie meines Erachtens eine Bestimmung aus der deutschen Insolvenzordnung belegt: Nach **§ 107 Abs 1 InsO** kann der Vertragspartner auf Erfüllung des Vertrages bestehen, wenn ihm der Schuldner eine Sache unter Eigentumsvorbehalt verkauft und bereits übergeben hat. In dieser Konstellation (Übergabe der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache) lag nach früherer Judikatur des BGH[906] an sich ein auf beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllter Vertrag vor; der Insolvenzverwalter konnte daher grundsätzlich die weitere Erfüllung gegenüber dem Käufer nach § 103 InsO (entspricht § 21 Abs 1 IO) ablehnen. Dieses Recht ist dem Insolvenzverwalter nach deutscher Rechtslage seit Inkrafttreten der

906 BGH VIII ZR 203/61 in NJW 1962, 2296; VIII ZR 232/85 in ZIP 1986, 1059 = NJW 1986, 2948. Dagegen allerdings gewichtige Stimmen der deutschen Lehre: *Jaeger/Henckel*, KO[9] § 17 Rz 49; *Raiser*, Dingliche Anwartschaften 95; mit einem differenzierenden Ansatz *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 (562). Weitere Nachweise zur alten deutschen Rechtslage (vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung) bei *Marotzke*, JZ 1995, 803 (805 FN 6).

Insolvenzordnung[907] jedoch versagt, sobald der Vertragspartner (= der Vorbehaltskäufer) Besitz an der Sache erlangt hat. Nach dem deutschen Schrifttum bezweckt die neue Regelung, dem **Anwartschaftsrecht** des Vorbehaltskäufers **Bestandschutz** in der Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers zu verschaffen[908]. Das lässt sich zwanglos mit den vorstehenden Überlegungen in Einklang bringen: Die Position des Vorbehaltskäufers (= Vertragspartners) bildet nämlich nach der Besitzverschaffung[909] ein der Exekution unterworfenes Vermögensrecht[910]; Dritte dürfen darauf vertrauen, dass dieser Vermögenswert zum Haftungsfonds des Vorbehaltskäufers (= Vertragspartners) gehört[911]. Einzuräumen ist zwar, dass das österreichische Insolvenzrecht keine entsprechende Regelung kennt, obwohl auch hierzulande diskutiert wird, ob das Erfüllungswahlrecht nach § 21 IO in der Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers zusteht[912]. Dass eine solche Bestimmung im durchaus verwandten[913] deutschen Insolvenzrecht existiert, darf man aber immerhin als handfestes Indiz dafür werten, dass die zuvor deduzierte Regel „Insolvenz bricht Vertragstreue" aufgehoben ist, sobald sich im Vermögen des Vertragspartners ein

907 Zu dieser Änderung der Rechtslage siehe BT-Drucks 12/2443, S 146, sowie etwa *Knof* in Uhlenbruck, InsO[15] § 107 Rz 2.

908 *Vuia* in MünchKomm-InsO[4] § 107 Rz 3 und 8; *Marotzke*, JZ 1995, 803 (806 f: auch wenn die Entstehung des Anwartschaftsrechts vom Gesetzeswortlaut nicht explizit gefordert wird). In diese Richtung deuten auch die Materialien (BT-Drucks 12/2443, S 144 und 146).

909 Dieses Tatbestandsmerkmal ist nicht wörtlich zu verstehen; vielmehr ist auf die bedingte Übereignung und somit allein auf die Begründung eines Anwartschaftsrechts abzustellen, mag diese auch ohne Besitzübertragung erfolgt sein (*Marotzke*, JZ 1995, 803 [811]; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 20.31; *Vuia* in MünchKomm-InsO[4] § 107 Rz 11 mit weiteren Hinweisen).

910 *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 563, 598; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 1063 Rz 88; *Spitzer/Told* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1063 Rz 41; *Oberhammer* in Angst/Oberhammer, EO[3] § 331 Rz 52; *Schwartze* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB[3] § 1063 Rz 42; OGH 4 Ob 315/33 in SZ 15/148; 3 Ob 98/31 in SZ 20/49; 3 Ob 103/62 in SZ 35/76; 3 Ob 534/93 in SZ 66/172 = JBl 1994, 615.

911 Dass das dem Insolvenzverwalter im Allgemeinen eingeräumte Erfüllungswahlrecht (§ 103 InsO) auf diese Weise beschränkt ist, dass also die grundsätzliche Durchbrechung der Vertragstreue zugunsten der optimalen Masseverwertung aufgehoben ist, rechtfertigt man im deutschen Schrifttum teilweise damit, dass der Vorbehaltskäufer (= Vertragspartner) in seinem Vertrauen auf die vermögensrechtliche Zuordnung der Sache geschützt sein soll (*Vuia* in MünchKomm-InsO[4] § 107 Rz 11). Das überzeugt meines Erachtens nicht: Wie oben (S 206 f) dargelegt, besteht nämlich auf Seiten des Vertragspartners/Erklärungsempfängers bereits ab Zugang einer Offerte des nachmaligen Schuldners ein schutzwürdiges Vertrauen auf die Bindungswirkung des Kaufvertrages.

912 Dazu *Paul Doralt*, ÖBA 1989, 918 (920); *Buchegger*, FS Matscher 49 (54 FN 9); *derselbe*, Insolvenzrecht 35; *Kepplinger*, Synallagma 321 f; *dieselbe*, ZIK 2000, 110 (113); *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 201 ff; bloß referierend *Perner* in KLS, IO[2] § 21 Rz 18.

913 Siehe schon oben S 138.

der Exekution unterworfenes Vermögensrecht befindet, auf dessen Bestand der Verkehr (= Gläubiger des Vertragspartners) vertrauen darf.

III. Ergebnisse

1. Der vorstehende Abschnitt (3. Kapitel § 4 A) hat den Prinzipienkonflikt zwischen Vertragstreue und **Maxime der optimalen Masseverwertung** analysiert. Das Insolvenzrecht – insbesondere § 26 Abs 3 IO – legt dabei die Wertung zugrunde, dass die Maxime der optimalen Masseverwertung über das **größere Gewicht verfügt**. Rechtsgeschäftliche Bindungen des Schuldners haben keinen Bestand, das Individualinteresse des Vertragspartners an der Treue zum gegebenen Wort wird dem Interesse an der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung geopfert. Oder kurz: **Insolvenz bricht Vertragstreue.**

2. Diese Vorrangregel wird jedoch **modifiziert**, sofern die Auflösung rechtsgeschäftlicher Bindungen des Schuldners auch **Verkehrsinteressen tangiert**; konkret: wenn die Auflösung des Vertragsverhältnisses zwischen Insolvenzmasse und Vertragspartner das Vertrauen Dritter darauf beeinträchtigen könnte, dass ein Vermögenswert zum Haftungsfonds des Vertragspartners gehört. Ein solches überindividuelles Vertrauen liegt vor, sobald der Vertragspartner die **Schuldnerofferte angenommen** hat, weil (erst) in diesem Zeitpunkt ein der Exekution unterworfener Vermögenswert im Haftungsfonds des Vertragspartners entsteht. Zwar bleibt es noch möglich, dass sich die Insolvenzmasse von der rechtsgeschäftlichen Bindung gegenüber dem Vertragspartner löst, doch wird dabei den Verkehrsinteressen durch ein **Korrektiv** Rechnung getragen: Anstelle des durch die Erfüllungsablehnung beseitigten (Rest-)Erfüllungsanspruchs gewährt das Insolvenzrecht dem Vertragspartner einen Schadenersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse (§ 21 Abs 2 IO). Und – dies hat man zwar noch nicht mit derartigen Überlegungen in Zusammenhang gebracht, es fügt sich aber in das hier entworfene Erklärungsmodell ein – die Auflösung des Vertrages wirkt (nach überwiegender Ansicht[914]) ex nunc; auch damit schützt die Rechtsordnung das überindividuelle Vertrauen auf den Umfang des Haftungsfonds des Vertragspartners.

3. Abstrahierend lässt sich sagen: Das Individualinteresse des Vertragspartners (**Vertragstreue**) und die überindividuellen Interessen Dritter (**Vertrauen auf den Haftungsfonds** des Vertragspartners) sind in ihren Wirkungen gleichgerichtet. Beide zielen darauf ab, dass die rechtsgeschäftliche Bindung des Schuldners gegenüber dem Vertragspartner Bestand hat[915]. Sie

914 Nachweise oben S 133 FN 563 f.

915 Der Schutz der rechtsgeschäftlichen Bindung ist – wie aus den bisherigen Überlegungen folgt – aus Sicht der Verkehrsinteressen nur Mittel zum Zweck: Die rechtsgeschäftliche Bindung ist nämlich nur darauf gerichtet, den Bestand der darauf beruhen-

stehen daher auch beide im Widerstreit mit der Maxime der **bestmöglichen Masseverwertung**, die danach verlangt, die rechtliche Bewegungsfreiheit des Insolvenzverwalters zu erweitern, unter anderem indem der Insolvenzmasse erlaubt wird, sich von bereits bestehenden Bindungen des Schuldners zu lösen. Während das Gewicht von Vertragstreue und von Maxime der optimalen Masseverwertung konstant ist, variiert die Bedeutung der Verkehrsinteressen je nach Fortschritt des Rechtsgeschäfts: Offerte/Annahme/Erfüllung. Je stärker das Vertrauen Dritter auf den Haftungsfonds des Vertragspartners ausgeprägt ist, umso strengere Voraussetzungen stellt das Insolvenzrecht dafür auf, dass die die Insolvenzmasse bindende Vertragstreue gelockert und die Masse bestmöglich verwertet werden kann.

B. Synallagmaschutz versus insolvenzrechtliche Regelungsprinzipien

Zuvor wurde versucht, den Konflikt zwischen Vertragstreue und Maxime der bestmöglichen Masseverwertung aufzulösen[916]. Nun ist zu untersuchen, wie die Rechtsordnung mit dem Aufeinandertreffen von Synallagmaschutz und den besonderen insolvenzrechtlichen Regelungsprinzipien umgeht. Daraus lassen sich jene Wertungen gewinnen, die vorgeben, wie die Prinzipienkollisionen zu entscheiden sind, in denen das Gesetz keine eindeutige Regelung bereithält (Analogie) oder in denen der Gesetzeswortlaut zu nicht sachgerechten Ergebnissen führt (teleologische Reduktion).

I. Formen der Beeinträchtigung des Synallagmas: materieller und prozessualer Synallagmaschutz

1. Wie dargestellt[917] sind zwei Instrumente des Insolvenzrechts gegenüber dem Synallagma konfliktträchtig: gelockerte Vertragstreue und Gläubigergleichbehandlung. Bei abstrahierender Betrachtung fällt auf, dass sich diese beiden insolvenzrechtlichen Instrumente auf **zwei Ebenen** auf den Synallagmaschutz auswirken können: Zum einen kann das Synallagma berührt sein, indem das ihm zugrunde liegende Schuld- oder Rückabwicklungsverhältnis verändert wird. Hier ist der **materielle Synallagmaschutz** tangiert; die Maxime der optimalen Masseverwertung beschränkt die nach allgemeinen Regeln bestehenden Rechte und Möglichkeiten des Vertragspartners. Dabei ist – wie dargestellt[918] – der Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen Vertrags-

den Vermögenszuordnung von Rechtsgütern zum Haftungsfonds des Vertragspartners aufrecht zu erhalten.

916 Eben zuvor oben 3. Kapitel § 4 A; S 203 ff.

917 Oben 3. Kapitel § 3 C.III.2; S 193 ff.

918 Oben 3. Kapitel § 4 A; S 203 ff.

partner und Insolvenzmasse modifiziert – entweder schon durch die Insolvenzeröffnung an sich[919] oder durch rechtsgestaltende Handlungen des Insolvenzverwalters[920].

Zum anderen kann das Synallagma dadurch beeinträchtigt sein, dass der Vertragspartner eine an sich anerkannte – also auf Grund des Rechtsverhältnisses bestehende – synallagmatische Leistungspflicht nur als Insolvenzforderung geltend machen kann. Hier ist das Synallagma erst auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung gestört; es scheitert am – behelfsmäßig und untechnisch ausgedrückt – **prozessualen Synallagmaschutz**. Diese Situation liegt vor, wenn der Synallagmaschutz mit der Gläubigergleichbehandlung kollidiert[921].

2. Die damit vorgeschlagene Differenzierung darf nicht verwechselt werden mit der Trennung von materiellem und formellem *Insolvenzrecht*, die überwiegend als kaum durchführbar empfunden wird[922]. Zwischen materiellem und prozessualem *Synallagmaschutz* zu unterscheiden, erscheint demgegenüber durchaus nützlich und hilfreich, und zwar aus zweierlei Gründen: Zunächst und vor allem fungiert sie – wie sich sogleich in den Überlegungen zur Behandlung des vorleistungspflichtigen Vertragspartners zeigen wird – gleichsam als dogmatischer Steigbügel; sie erleichtert es, die gesetzlichen Bestimmungen klar strukturiert und gedanklich sauber zu analysieren. Es über-

919 § 25a IO: Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 918 ABGB für den Vertragspartner; § 26 Abs 3 IO: Erlöschen von Offerten des Schuldners.

920 § 21 Abs 1 IO: Rücktritt vom beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrag (vgl aber oben S 195 FN 830 zur *Erlöschenstheorie*); § 23 IO: Kündigung von Bestandverhältnissen.

921 Diese Prinzipienkollision diagnostiziert etwa *Häsemeyer*, Insolvenzrecht^4 Rz 20.08, der dabei aber noch nicht – wie hier vorgeschlagen – zwischen materiellem und prozessualem Synallagmaschutz unterscheidet.

922 Da trotz eines in diese Richtung hindeutenden Aufbaus von Konkursordnung und Insolvenzordnung „von einer reinlichen Scheidung der materiellrechtlichen und prozeßrechtlichen Rechtssätze nicht die Rede sein kann“ (*Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 1) und diese vielfach miteinander verwoben sind, sieht man eine vollständige systematische Trennung als undurchführbar an (*Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht^4 Rz 2; *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 227; siehe auch *Gerhardt*, AcP 200, 426 [427]; sowie *Zöllner*, AcP 190, 471 [482 f]). Generell weist diese Unterscheidung (dazu näher *Nunner-Krautgasser*, aaO 226 f und 235 FN 201 je mit weiteren Hinweisen) mit der hier vorgeschlagenen Differenzierung *keine Parallelen* auf: Während es bei dieser in beiden Fällen um die Beeinträchtigung der materiellrechtlichen Position des Synallagmaschutzes für den Vertragspartner geht – sei es durch materielle Eingriffe in das Rechtsverhältnis oder sei es (lediglich) auf der Ebene der prozessualen Durchsetzung –, grenzt jene die privatrechtlichen Folgen der Insolvenz von den Fragen der Durchführung des Insolvenzverfahrens ab. Die erfolglosen Anläufe, materielles von formellem Insolvenzrecht zu trennen, bestätigen aber immerhin den oben (S 157) formulierten Vorsatz, dass es für das Verständnis insolvenzrechtlicher Normen einer ganzheitlichen Herangehensweise bedarf, die auf den „systematischen Einbau ins Gesamtgefüge Bedacht“ nimmt (*Nunner-Krautgasser*, aaO 236).

rascht nicht, dass das Schrifttum die Rechtsfolgenebenen im Insolvenzrecht bereits in ähnlicher Weise unterscheiden wollte[923]. Und überdies hilft diese Kategorisierung zu erklären, dass die Insolvenzwirkungen in ihrer zeitlichen Dimension nicht gleich weit reichen: Weshalb wirken manche Veränderungen von Rechtsverhältnissen, insbesondere Beeinträchtigungen des Synallagmas, die das Insolvenzverfahren vorsieht oder möglich macht, nur bis zur Aufhebung der Insolvenz, während andere darüber hinaus Geltung behalten[924]? So wirkt etwa die Auflösung des Vertrages infolge Erfüllungsablehnung (§ 21 Abs 1 IO) nach überwiegender Ansicht[925] nicht bloß für die Dauer der Insolvenz, sondern sie gestaltet die Rechtslage endgültig, also auch für die Zeit nach Insolvenzaufhebung um; Gleiches gilt für die Beendigung von Bestand-

923 In diesem Sinn parallele Überlegungen finden sich etwa schon bei *Rintelen*, ZHR 1908, 147 (152 f), der unter *formellen Konkurswirkungen* solche versteht, die den Zweck haben, die Durchführung des Konkursverfahrens und die Beteiligung an demselben zu ermöglichen; als *materielle Konkurswirkungen* bezeichnet *Rintelen* demgegenüber solche, die eine materielle Änderung des Rechtsverhältnisses selbst auslösen. Eine im Kern wohl ähnliche Differenzierung liegt ebenfalls den Thesen von *Nunner-Krautgasser* (Vermögenshaftung 324 ff) zugrunde, wonach zwischen den Wirkungen der Insolvenz auf das reine *Leistungsrecht* des Gläubigers (= das rechtliche Sollen des Schuldners bzw die reine Pflichtenebene) und solchen auf sein *Haftungsrecht* (= der vom Schuldnerwillen unabhängige Rechtszwang) zu trennen sein soll: Während das reine Leistungsrecht eines Gläubigers auch in der Insolvenz einstweilen unbeeinträchtigt weiterbesteht, wird das Haftungsrecht infolge des Hinzutretens anderer Gläubiger modifiziert beziehungsweise beschränkt. Ausnahmsweise aber – so in den Fällen von § 21 IO – komme es auch hinsichtlich des reinen Leistungsrechts zu einer Veränderung (*Nunner-Krautgasser*, aaO 327 FN 48). Diese Autorin differenziert also ebenfalls danach, ob ein Rechtsverhältnis zum Schuldner durch die Insolvenz materiell (= hinsichtlich des Leistungsrechts) oder bloß formell/prozessual (= was die zwangsweise Durchsetzung der Haftung betrifft) berührt wird. Ähnliche Ansätze klingen etwa schon bei *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 (522 f), an.

924 Diese Frage ist im Einzelnen heftig umstritten (differenzierend *Nunner*, ÖJZ 1998, 726 [insbesondere 727 f mit weiteren Nachweisen zum Meinungsstand]). Vgl wiederum die ähnlichen Überlegungen bei *Rintelen*, ZHR 1908, 147 (153), und auf Grund der Trennung von Rechtsfolgenebenen (siehe die vorige FN 923) bei *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 282 ff, die ebenfalls Schlussfolgerungen hinsichtlich der Nachhaltigkeit der Veränderung zieht.

925 *Brachmann*, Rechtsgeschäfte 33; *Pollak*, Concursrecht 443; *Rintelen*, ZHR 1908, 147 (155 ff); *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 21 KO Rz 26; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 239 f mit weiteren Hinweisen; *Jelinek/Nunner-Krautgasser* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 59 KO Rz 33; *Kepplinger*, Synallagma 146 f und 258; *Jaeger/Lent*, KO[8] § 17 Rz 48; *Buchegger*, Insolvenzrecht[3] 159. Differenzierend beziehungsweise anderer Auffassung aber *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 21 KO Rz 26; *Lippmann*, JherJB 41, 112 (231 FN 148); *Jaeger/Henckel*, KO[9] § 17 Rz 160; *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] Rz 3.36 ff; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 20.07 und 20.23 f. Gegenteilig jedoch *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO[2] § 103 Rz 31 mit weiteren Hinweisen. Allgemein hinsichtlich aller Änderungen offen lassend *Denkschrift* KO 55.

verhältnissen (§ 23 IO)[926] und das Erlöschen von Offerten des Schuldners (§ 26 Abs 3 IO)[927]. Eingriffe in den materiellen Synallagmaschutz wirken demnach endgültig und überdauern die Insolvenz[928]. Hingegen entfalten Beeinträchtigungen des prozessualen Synallagmaschutzes – das sind jene, die auf Ebene der Rechtsdurchsetzung angesiedelt sind – nur solange Wirkung, als das Insolvenzverfahren nicht aufgehoben wurde; sobald die Insolvenzaufhebung die sogenannte *Entstrickung* der Insolvenzmasse herbeiführt (§ 59 IO), haben Gläubiger wieder die Möglichkeit, im Wege der Einzelzwangsvollstreckung den gesamten Rest ihrer (noch) unbefriedigten Forderungen gegen den Schuldner durchzusetzen[929].

Im Folgenden ist somit getrennt zu erörtern, wie die jeweiligen insolvenzrechtlichen Zwecke (optimale Masseverwertung und Gläubigergleichbehandlung) einerseits den materiellen und andererseits den prozessualen Synallagmaschutz beeinträchtigen.

II. Materieller Synallagmaschutz versus Maxime der optimalen Masseverwertung

1. Überblick

Das Ziel der optimalen Masseverwertung verfolgt das Insolvenzrecht, indem es einerseits den **rechtlichen Bewegungsspielraum des Insolvenzverwalters** erweitert und andererseits indem es die **Vertragsbindung zu Lasten des Vertragspartners intensiviert**: Während es dem Insolvenzverwalter ermöglicht oder erleichtert wird, sich von einem Rechtsgeschäft zu lösen (§ 21 Abs 1, § 23, § 26 Abs 3 IO), gilt für den Vertragspartner das Gegenteil: Es greift die Auflösungssperre (§ 25a IO), vereinbarte Auflösungsrechte sind unwirksam (§ 25b IO); die Räumungsexekution kann aufgeschoben und ein rechtswirk-

926 *Rintelen*, ZHR 1908, 147 (165); *Jelinek/Nunner-Krautgasser* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 59 KO Rz 33; *Buchegger*, Insolvenzrecht³ 159.

927 *Buchegger*, Insolvenzrecht³ 159.

928 So – bezogen auf die materiellen Insolvenzwirkungen ganz generell – schon *Rintelen*, ZHR 1908, 147 (152 ff); siehe ferner die zuvor (S 221 FN 923) referierten Überlegungen von *Nunner-Krautgasser*: Auch was die zeitliche Dimension der Insolvenzwirkungen auf den unterschiedenen Rechtsfolgenebenen betrifft, gelangt sie zu entsprechenden Ergebnissen. Das reine Leistungsrecht bestehe grundsätzlich weiter und erlösche auch durch Restschuldbefreiung nicht (Vermögenshaftung 326 FN 46 mit weiteren Hinweisen), allerdings könne festgeschrieben werden, dass der ursprüngliche Leistungsinhalt dauerhaft undurchsetzbar werde, wofür *Nunner-Krautgasser* die Umwandlung nach §§ 14 f IO als Beispiel nennt (aaO 327). Einen Anwendungsfall dieser Regel bildet es meines Erachtens auch, wenn der Insolvenzverwalter seine Rechte nach § 21 Abs 1 oder § 23 IO ausübt und das Rechtsverhältnis dadurch umgestaltet.

929 *Pollak*, Concursrecht 443; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 703; *Jelinek/Nunner-Krautgasser* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 59 KO Rz 22.

sam aufgelöstes Bestandverhältnis kann fortgesetzt werden (§ 12c IO)[930]. Zu untersuchen ist nun, wie sich diese Abweichungen von den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln auf den Synallagmaschutz auswirken.

2. Erweiterung des rechtlichen Bewegungsspielraums des Insolvenzverwalters

1. Der rechtliche Bewegungsspielraum des Insolvenzverwalters ist – wie schon skizziert[931] – im Wesentlichen **in dreifacher Hinsicht** erweitert: die Bindungswirkung von Offerten erlischt (§ 26 Abs 3 IO), der Insolvenzverwalter ist berechtigt, die weitere Erfüllung anzulehnen (§ 21 Abs 1 IO) sowie Bestandverträge vorzeitig aufzulösen (§ 23 IO).

2. Dass das Synallagma durch Änderung des ihm zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses beeinträchtigt ist, lässt sich im Anwendungsbereich von § 26 Abs 3 IO ausschließen: Eine bloße **Offerte** begründet noch kein synallagmatisches Austauschverhältnis; es wirkt sich daher nicht auf den Synallagmaschutz aus, wenn ihre Bindungswirkung entfällt. Insofern erscheint die Rechtsfolge von § 26 Abs 3 IO nicht aussagekräftig für die Frage, ob die optimale Masseverwertung den (materiellen) Synallagmaschutz berührt.

3. Die **Erfüllungsablehnung** (§ 21 Abs 1 IO) beendet das Austauschverhältnis nach überwiegender (meines Erachtens zutreffender) Ansicht[932] nur ex nunc: Der Insolvenzverwalter kann sich also nicht rückwirkend von Verträgen mit dem Vertragspartner lösen; übt er sein Recht nach § 21 Abs 1 IO aus, unterbleibt lediglich die noch ausstehende Abwicklung des Rechtsverhältnisses, keine Seite kann die schon erbrachten Leistungen zurückfordern. Mit Blick auf die schon abgewickelten Leistungen, bleibt das materielle Synallagma also auch bei Erfüllungsablehnung unangetastet. Doch auch hinsichtlich der noch ausstehenden Vertragsabwicklung ist das materielle Synallagma grundsätzlich gewahrt: Denn die Erfüllungsablehnung führt – materiell betrachtet – zu keiner Aufhebung des Vertrages, sondern es unterbleibt nur die weitere Erfüllung[933], an die Stelle des Erfüllungsanspruchs des Vertragspartners tritt sein Schadenersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse[934].

930 Dass § 12c IO auch das Ziel verfolgt, die optimale Verwertung der Masse zu erleichtern, ist anerkannt: etwa *Mohr*, ecolex 2009, 848 (851), *Konecny* in Konecny, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 11 und Rz 14 (wo explizit neben der Unternehmenssanierung auch eine verbesserte Gläubigerbefriedigung als Zweck der Bestimmung angeführt wird; siehe auch *denselben*, aaO Rz 59).

931 Oben 3. Kapitel § 3 C.III.2; S 193.

932 Dazu oben samt Nachweisen S 133 f FN 563 ff.

933 *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 21 KO Rz 24.

934 Der Vertragspartner behält die Leistung des Schuldners und zieht deren Wert von seinem Schadenersatzanspruch ab (*Differenzmethode*). Vgl *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 21 KO Rz 24 bei FN 139; *Perner* in KLS, IO^2 § 21

Dem Vertragspartner steht also ein Erfüllungssurrogat zu[935]. Dieser Anspruch soll jene Nachteile beim Vertragspartner ausgleichen, die ihm daraus entstehen, dass er bereits faktisch vorgeleistet hat, während der Schuldner die erbrachte Leistung noch nicht durch eine Gegenleistung abgegolten hat. Damit erscheint das *materielle* Synallagma auch in einer solchen Situation *intakt*. Dabei wird nicht übersehen, dass der Vertragspartner seinen Schadenersatzanspruch lediglich als Insolvenzforderung geltend machen kann[936]; hierin liegt allerdings ein Eingriff „bloß" in den *prozessualen* Synallagmaschutz, auf den sogleich einzugehen ist, wenn die Kollision von Synallagmaschutz und Gläubigergleichbehandlung erörtert wird[937].

4. Gleiches gilt, wenn der Insolvenzverwalter ein **Bestandverhältnis vorzeitig auflöst** (§ 23 IO). Wie die Erfüllungsablehnung (§ 21 IO) löst auch die Kündigung das Schuldverhältnis bloß ex nunc auf[938]: Bereits ausgetauschte Leistungen sind daher nicht rückabzuwickeln, bloß die zukünftige Leistungserbringung unterbleibt. Auch hier bleibt der *materielle* Synallagmaschutz daher aufrecht und von der Maxime der optimalen Masseverwertung unberührt. Hat der Vertragspartner (Bestandgeber) faktisch vorgeleistet (etwa weil der Schuldner als Bestandnehmer mit der Entrichtung des Bestandzinses in Verzug war), besteht ein Anspruch auf das für diesen Zeitraum gebührende Entgelt. Das materielle Synallagma ist also selbst dann nicht beeinträchtigt, wenn der Vertragspartner vorgeleistet hat. Allerdings gilt wiederum, dass der Vertragspartner seine Ansprüche nur als Insolvenzforderung geltend machen kann[939]; der prozessuale Synallagmaschutz ist demnach auch hier beeinträchtigt[940].

5. Intakt ist das materielle Synallagma ferner, wenn sich der Insolvenzverwalter entscheidet, das Rechtsverhältnis mit dem Vertragspartner bestehen zu lassen: Erneuert er ein erloschenes Offert (§ 26 Abs 3 IO), erklärt er den **Vertragseintritt** (§ 21 Abs 1 IO) oder setzt er ein Bestandverhältnis fort (das

---

Rz 47; *Wegener* in Uhlenbruck, InsO[15] § 103 Rz 173; *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] Rz 5.40 ff je mit weiteren Hinweisen.

935 Oben S 213 FN 900.

936 Oben S 135 FN 568.

937 Unten 3. Kapitel § 4 B.III; S 228 ff.

938 Für die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen folgt dies schon aus allgemeinen Regeln (Nachweise oben S 197 FN 841).

939 *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 275; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 23 KO Rz 10; *Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 66; ebenso bereits zur deutschen Konkursordnung 1877 *Petersen/Kleinfeller*, KO[3] 81.

940 Oft ist der Vertragspartner (als Bestandgeber) allerdings durch ein gesetzliches Pfandrecht nach § 1101 ABGB gesichert (*Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 275), wodurch der prozessuale Synallagmaschutz wiederhergestellt ist (zu diesem siehe sogleich unten 3. Kapitel § 4 B.III; S 228 ff).

heißt, er sieht davon ab, es nach § 23 IO aufzulösen), bleiben das Austauschverhältnis und damit das materielle Synallagma inhaltlich aufrecht, so wie es die Parteien ursprünglich gewollt haben. Zudem ist der Vertragspartner in diesen Situationen sogar als Massegläubiger zu behandeln und hat somit Anspruch auf die ungekürzte Gegenleistung[941]. Dies ist für den Synallagmaschutz naturgemäß von eminenter Bedeutung; nach der hier vorgeschlagenen Differenzierung soll diese Rechtsfolge aber separat und daher erst im Zusammenhang mit dem *prozessualen* Synallagmaschutz zur Sprache kommen[942].

3. Verstärkte Bindung des Vertragspartners

1. Die Insolvenz ändert grundsätzlich nichts an den Rechtsbehelfen, die dem Vertragspartner zum Synallagmaschutz zur Verfügung stehen: Die Irrtumsanfechtung[943], der im Grundsatz weiterhin mögliche Rücktritt wegen Schuldnerverzugs (§ 918 ABGB)[944] sowie die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags (§ 1052 ABGB) werden als insolvenzfest angesehen[945]; diese Schutzinstrumente bleiben nach Insolvenzeröffnung verfügbar. Damit **prävaliert** der **materielle Synallagmaschutz** also im Konflikt mit der Maxime der optimalen Masseverwertung.

Das IRÄG 2010 wertete den Stellenwert der optimalen Masseverwertung allerdings in gewissen Bereichen wesentlich auf, indem es im Allgemeinen bestehende Auflösungsmöglichkeiten des Vertragspartners ausschloss oder einschränkte. Hat man den materiellen Synallagmaschutz im Fokus, ist in erster Linie **§ 25a Abs 1 Z 2 IO** zu nennen: Danach ist es dem Vertragspartner (von Gegenausnahmen nach Abs 2 abgesehen) für die Dauer von sechs Monaten ab Insolvenzeröffnung versagt, das – von der Insolvenz sonst unberührte – Rücktrittsrecht wegen Schuldnerverzugs (§ 918 ABGB) auszuüben, wenn dadurch die Unternehmensfortführung gefährdet sein könnte. Damit modifiziert das Insolvenzrecht die allgemeinen Rechtsbehelfe zum Schutz des funktionellen Synallagmas. Da § 25a IO die Möglichkeiten des Vertragspartners aus dem Schuldverhältnis inhaltlich beschränkt, **beeinträchtigt** die Bestimmung tatsächlich den **materiellen Schutz des (funktionellen) Synallagmas**. Der Synallagmaschutz ist freilich bloß abgeschwächt und keineswegs ganz aufgehoben[946]: Der Vertragspartner verliert sein Rücktrittsrecht nach

941 Dazu sogleich unten 3. Kapitel § 4 B.III; insbesondere S 232 ff.

942 Wiederum unten 3. Kapitel § 4 B.III; S 228 ff.

943 OGH 1 Ob 693/83 in HS XIV/XV/15; *Jabornegg*, JBl 1997, 335 (335). Siehe auch *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 149 f. Dazu jedoch teilweise kritisch *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 18.

944 Nachweise oben S 137 in FN 581.

945 Nachweise oben S 132 in FN 560.

946 Dass § 25a IO den Schutz des funktionellen Synallagmas *nicht völlig beseitigen* will, belegen auch deutlich die Materialien zum IRÄG 2010 (ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13): Danach soll etwa eine für den Insolvenzfall vereinbarte Änderung der Zahlungs-

§ 918 ABGB nämlich nicht zur Gänze, sondern lediglich dessen Ausübung ist für einen bestimmten Zeitraum blockiert; und auch dies nur unter der Voraussetzung, dass die Vertragsauflösung die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte.

2. Entsprechendes gilt, wenn der materielle Schutz des (funktionellen) Synallagmas auf *vertraglich* eingeräumten Auflösungsrechten beruht: Soweit solche Rechtsbehelfe des Vertragspartners über die von § 25a IO belassenen Möglichkeiten hinausgehen[947], sind sie unwirksam **(§ 25b IO)**. Das Insolvenzrecht greift in den Vertragsinhalt ein und beeinträchtigt damit den materiellen Synallagmaschutz.

3. Schließlich berührt auch der (ebenfalls neue[948]) **§ 12c IO** den Synallagmaschutz zulasten des Vertragspartners. Danach ist bei unternehmensnotwendigen[949] Bestandobjekten die Räumungsexekution wegen Nichtzahlung des Bestandzinses aufzuschieben und das bereits aufgelöste Bestandverhältnis lebt (unter bestimmten Voraussetzungen) gleichsam[950] wieder auf. Prima vista entsteht der Eindruck, dass es sich dabei wegen der exekutionsrechtlichen Komponente um eine Regelung auf Ebene des prozessualen Synallagmaschutzes handelt; es scheint, als wäre lediglich die prozessuale Durchsetzung des Räumungsanspruchs gehindert. Die exekutionsrechtlichen Anordnungen haben jedoch nur unterstützende Funktion; Zweck der Norm ist vielmehr, das bereits (rechtskräftig) beendete Bestandverhältnis wiederherzustellen beziehungsweise fortzusetzen[951]. Im Kern suspendiert das Insolvenzrecht Gestaltungsrechte, mit denen der Vertragspartner nach allgemeinem Zivilrecht auf einen Zahlungsrückstand reagieren kann, die also das funktionelle Synallagma schützen wollen. Da hier in die unmittelbar aus dem Vertrag selbst erfließenden Schutzbehelfe eingegriffen wird, scheint prima vista wiederum der materielle Synallagmaschutz beeinträchtigt. Näher besehen ist dieser Befund allerdings zu relativieren. Indem das Insolvenzrecht die vom Vertragspartner (Bestandgeber) ausgeübte Kündigung negiert, beeinträchtigt es nämlich das Austauschverhältnis nicht. Denn die nach Insolvenzeröffnung anfallenden Entgelte kann der Vertragspartner als Masseforderun-

---

konditionen dennoch wirksam bleiben; auch soll die Umstellung nach Insolvenzeröffnung auf Zug-um-Zug-Leistung oder Vorleistung des Schuldners im Lichte des § 25a IO unproblematisch sein.

947 Vgl ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13: „Wenn keine sonstigen Gründe für eine Vertragsauflösung vorliegen …“.

948 Seit Inkrafttreten des IRÄG 2010; zuvor nur im Ausgleich anwendbar (§ 12a AO; vgl nur ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 11).

949 *Konecny* in Konecny, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 32 ff.

950 Im Einzelnen ist hier (noch) manches ungeklärt; dazu *Konecny* in Konecny, Insolvenzgesetze § 12c Rz 143 ff, sowie *Riss* in KLS, IO^2 § 12c IO Rz 13 ff und *derselbe*, ZIK 2011, 168 (170 f) je mit weiteren Hinweisen.

951 *Konecny* in Konecny, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 19 und 130.

gen anmelden[952]; befriedigt die Insolvenzmasse diese Forderungen nicht, steht es dem Vertragspartner (Bestandgeber) frei, die Räumungsexekution fortzusetzen[953]. Damit bleibt der materielle Schutz des funktionellen Synallagmas für die Zukunft gewahrt; lediglich die Sanktion der erstmaligen Synallagmaverletzung (Kündigung wegen Nichtzahlung des Bestandzinses) wird zugunsten der optimalen Masseverwertung ausgeblendet.

4. Zwischenresümee

Nach den bisherigen Überlegungen ist der Konflikt zwischen Maxime der optimalen Masseverwertung und Synallagmaschutz auf der **Ebene des materiellen Synallagmaschutzes** angesiedelt. Um die optimale Masseverwertung zu erreichen, setzt das Insolvenzrecht Instrumente ein, die unmittelbar in das zwischen Vertragspartner und Schuldner bestehende Rechtsverhältnis eingreifen und die daraus erfließenden Rechte modifizieren: Einerseits wird die Vertragstreue zugunsten des Insolvenzverwalters gelockert (Erlöschen von Offerten, Erfüllungsablehnung, besonderes Kündigungsrecht); andererseits ist der Vertragspartner stärker an Verträge mit dem Schuldner gebunden (Suspendierung von Auflösungsrechten infolge Zahlungsverzugs). Das positive Recht bringt zum Ausdruck, dass die **insolvenzrechtlichen Zwecke** den **materiellen Synallagmaschutz nicht verdrängen**.

Zwar ist der rechtliche **Bewegungsspielraum des Insolvenzverwalters** erweitert, indem ihm gestattet ist, Verträge mit dem Vertragspartner einseitig aufzulösen. Solche Befugnisse sind prinzipiell geeignet, das Synallagma zu verletzen, weil das Synallagma an sich nur bei vollständiger Vertragsabwicklung gesichert ist. Bleibt der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners infolge Vertragsauflösung unbefriedigt, tritt an seine Stelle allerdings ein Surrogatanspruch auf das Erfüllungsinteresse; damit ist das Synallagma auf materieller Ebene wiederhergestellt.

Ebenso wenig ist der Synallagmaschutz dadurch aufgehoben, dass die **Vertragsbindung** zulasten des Vertragspartners intensiviert wird: Das Rücktrittsrecht nach § 918 ABGB ist lediglich zeitlich beschränkt suspendiert (§ 25a Abs 1 Z 2 IO); die Auflösungsmöglichkeit wegen Nichtzahlung des Bestandzinses entfällt lediglich einmalig (§ 12c IO).

Im Ergebnis prävaliert der materielle Synallagmaschutz somit im Konflikt mit der Maxime der optimalen Masseverwertung. Einzuräumen ist bloß, dass sich das insolvenzrechtliche Prinzip punktuell – soweit zur Fortführung von Unternehmen erforderlich – und zeitlich beschränkt gegen den Synallagmaschutz durchsetzt.

952 Dies gilt sowohl für Bestandzinse (herrschende Auffassung; unten S 230 FN 961) als auch für bereicherungsrechtliches Benützungsentgelt (*Konecny* in Konecny, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 70).

953 *Konecny/Nunner-Krautgasser* in Konecny, IRÄG 2010, 39 (56 f); *Konecny* in Konecny, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 123.

III. Prozessualer Synallagmaschutz versus Gläubigergleichbehandlung

1. Einstieg: prozessualer Synallagmaschutz und Gläubigergleichbehandlung

1. Ist der materielle Synallagmaschutz verwirklicht, so besagt dies zunächst nur, dass das Austauschverhältnis intakt ist, weil dem Vertragspartner Abwicklungs- oder Surrogatansprüche zustehen, und dass dem Vertragspartner die allgemeinen Schutzmechanismen weiterhin verfügbar sind, um auf ihre Verletzung zu reagieren. Daran ändert sich – wie die unmittelbar zuvor[954] angestellte Analyse hervorgebracht hat – grundsätzlich auch nach Insolvenzeröffnung nichts (wenn man von punktuellen, zeitlich beschränkten Ausnahmen absieht). Nicht entschieden ist damit aber die getrennt zu stellende Frage, ob der Vertragspartner seine Rechtsbehelfe und Ansprüche, die ihm zur Verwirklichung des Synallagmas gewährt sind, auch nach Insolvenzeröffnung uneingeschränkt durchsetzen kann, insbesondere ob seine Ansprüche gekürzt zu befriedigen sind. Dieses Folgeproblem ist nun zu erörtern; es lässt sich – in Abgrenzung zur zuvor behandelten Fragestellung – als **prozessualer Synallagmaschutz** betiteln. Das Zusammentreffen von Synallagmaschutz mit den insolvenzrechtlichen Regelungsprinzipien eröffnet nun eine andere Kollisionsebene als im Konflikt mit dem materiellen Synallagmaschutz: Mag das Insolvenzrecht zwar das materielle Synallagma grundsätzlich nicht beeinträchtigen, indem es Abwicklungs- und Surrogatansprüche anerkennt, so bliebe der Befund doch unvollständig, würde man daneben nicht noch separat prüfen, ob und in welchem Umfang der Vertragspartner diese Ansprüche in der Insolvenz durchsetzen kann. Dass der Vertragspartner darin eingeschränkt ist, seine Ansprüche durchzusetzen, wurzelt zumeist[955] im Gebot der Gläubigergleichbehandlung. Abstrakt gesprochen ist demnach für die Behandlung des Vertragspartners hier also entscheidend, wie die Rechtsordnung die **Kollision zwischen (prozessualem) Synallagmaschutz und Gläubigergleichbehandlung** auflöst.

2. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz darf nicht pauschal abgeleitet werden, dass eine formale Gleichheit aller (ungesicherten) Gläubiger ausnahmslos festgeschrieben ist[956]. Genauso ist es nämlich als ein Gebot des Gleichbehandlungsgrundsatzes anzusehen, dass zwischen bestimmten Gläubigergruppen differenziert werden muss. Denn nicht nur muss Gleiches gleich behandelt werden; ebenso verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz

954 Oben 3. Kapitel § 4 B.II; S 219 ff.

955 Einen Sonderfall bildet § 12c IO: Hier hat die Beschränkung der Rechtsdurchsetzung ihre Ursache ausnahmsweise in der Maxime der optimalen Masseverwertung; dazu oben S 226 f.

956 Vgl dazu und zum Folgenden *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 335 f.

mit seiner negativen Seite, dass Ungleiches ungleiche Rechtsfolgen auslöst[957]. Wie stets bei der Anerkennung einer insolvenzfesten Position geht es dabei um die Wertungsfrage, ob und wann es gerechtfertigt ist, vom insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz abzugehen und einem der Gläubiger (Vertragspartner) eine bessere Stellung als den übrigen Insolvenzgläubigern einzuräumen[958]. Die maßgebende Wertung ist zum einen dadurch vorgegeben, wie die Rechtsordnung die Kollision zwischen Gläubigergleichbehandlung und Synallagmaschutz auflöst; bei näherem Hinsehen wird allerdings auch in diesen Verhältnis erkennbar werden, dass wiederum ein mehrdimensionaler Konflikt vorliegt, weil überdies die **Maxime der optimalen Masseverwertung** einwirken und den Ausschlag geben kann.

2. Abgrenzung der relevanten Fallkonstellationen

1. Nach dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung bilden die (ungesicherten) Gläubiger im Fall einer Haftungsverwirklichung unter Knappheitsbedingungen unterschiedslos eine Gefahrengemeinschaft; sie müssen den Verlust, der aus dem unzulänglichen Haftungsfonds entsteht, verhältnismäßig tragen[959]. Gläubigergleichbehandlung und (prozessualer) Synallagmaschutz geraten immer dann in Konflikt, wenn ein synallagmatisches Rechtsverhältnis noch nicht voll abgewickelt ist und der Vertragspartner daher Ansprüche (auf Leistung, Surrogat oder Rückabwicklung) aus diesem Verhältnis geltend machen kann. Bestehen keine solchen Ansprüche des Vertragspartners, ist die Gläubigergleichbehandlung nicht tangiert; ein Konflikt mit dem prozessualen Synallagmaschutz kann nicht auftreten.

Die somit in Betracht kommenden Konfliktkonstellationen sind nun darauf zu untersuchen, welches der beiden Prinzipien (Synallagma oder Gläubigergleichbehandlung) nach der gesetzlichen Regelung Vorrang hat. Zum Zweck der Übersichtlichkeit lassen sich zunächst all jene Konstellationen ausscheiden, in denen dieser **Konflikt nicht relevant** werden kann: (i) Hat der **Schuldner bereits vollständig** (und obligationsgemäß[960]) **erfüllt**, kann der Synallagmaschutz (auf Seiten des Vertragspartners) nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz in Berührung kommen; denn der Vertragspartner hat die ihm gebührende Leistung bereits erhalten und wird daher keine Forderungen mehr geltend machen, die einer Kürzung unterfallen könnten. Auch bestehen bei vollständiger Erfüllung keine besonderen Lösungsrechte des Insolvenzverwalters mehr, sodass Folgeansprüche aus einer allfälligen Erfüllungsablehnung ebenso wenig in Betracht kommen. (ii) Nicht gefährdet ist das Synallagma ferner dann, wenn die Bindungswirkung von noch **nicht an-**

957 Statt aller *F. Bydlinski*, Gleichheitsgrundsatz 5 f; *derselbe*, Methodenlehre² 339.
958 *Koziol*, ÖBA 1998, 745 (749).
959 Dazu oben S 199 ff mit Nachweisen.
960 Mangelhafte Erfüllung ist der nicht vollständigen Erfüllung iSd § 21 Abs 1 IO grundsätzlich gleich zu halten (oben S 149 f mit Nachweisen).

genommenen Offerten des Schuldners erlischt (§ 26 Abs 3 IO): Hier ist der Synallagmaschutz zugunsten des Vertragspartners ebenfalls keinem Konflikt mit der Gläubigergleichbehandlung ausgesetzt. Das Tatbestandsmerkmal einer bloßen Offerte schließt es nämlich aus, dass Leistungsansprüche entstanden sind, die in einem synallagmatischen Verhältnis stehen können (oben S 223).

2. Der Konflikt zwischen prozessualem Synallagmaschutz und Gläubigergleichbehandlung tritt demnach nur auf, wenn dem Vertragspartner nach allgemeinen Regeln des materiellen Synallagmaschutzes eine **Forderung auf Leistung oder auf ein Leistungssurrogat** zukommt und diese Forderung im Rahmen des Insolvenzverfahrens geltend zu machen ist. Im Einzelnen können dabei drei Fallgruppen gebildet werden:

a) Ansprüche des Vertragspartners aus Abwicklung von Verträgen infolge Erneuerung von erloschenen Offerten (§ 26 Abs 3 IO), infolge eines Vertragseintritts (§ 21 Abs 1 IO) oder aus Fortsetzung von Bestandverhältnissen (§ 23 IO);

b) Rückabwicklungs- oder Ausgleichsansprüche nach Vertragsauflösung durch den Insolvenzverwalter;

c) ausstehende Abwicklungsansprüche des Vertragspartners, wenn dieser bereits voll erfüllt hat.

3. Abwicklungsansprüche infolge Erneuerung von erloschenen Offerten, Vertragseintritt und Fortsetzung von Bestandverhältnissen

1. Wie dargelegt (oben S 224 f) bleibt das **materielle Synallagma** intakt, wenn der Insolvenzverwalter das Rechtsverhältnis mit dem Vertragspartner bestehen lässt: Erneuert der Insolvenzverwalter ein erloschenes (§ 26 Abs 3 IO) Offert, erklärt er den Vertragseintritt (§ 21 Abs 1 IO) oder setzt er ein Bestandverhältnis fort (indem er von einer Kündigung nach § 23 IO absieht), so besteht das materielle Austauschverhältnis und damit das Synallagma so fort, wie von den Parteien gewollt. Zudem ist das materiell intakte Synallagma in diesen Fällen auf prozessualer Ebene geschützt: Für Forderungen aus der Annahme von Offerten des Insolvenzverwalters (die erneuert wurden) sowie aus einem Eintritt in einen bereits bestehenden, nicht vollständig erfüllten Vertrag (§ 21 Abs 1 IO) folgt dies unmittelbar aus dem Gesetz (§ 46 Z 5 und 4 IO); für Bestandzinsforderungen aus fortgesetzten (ungekündigten; § 23 IO) Bestandverhältnissen für die Zeit nach Insolvenzeröffnung entspricht dies einhelliger Ansicht[961]. In dieser Konstellation **prävaliert** somit

961 Siehe nur Motive KO 78 = *Hahn*, Materialien 95 f; *Rathauscher*, Bestandrechte 102 ff; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 23 KO Rz 10; *Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 62; *Riss* in KLS, IO^2 § 23 Rz 15; RIS-Justiz RS0064127. Ebenso bereits zur deutschen Konkursordnung 1877

der **prozessuale Synallagmaschutz gegenüber dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung**. Ausschlaggebend hierfür ist allerdings keineswegs allein, dass die Gläubigergleichbehandlung gegenüber dem Synallagmaschutz zurücktritt. Vielmehr folgt dieser Vorrang erst aus dem Gewicht eines weiteren Gesetzeszwecks, nämlich der Maxime der optimalen Masseverwertung. Denn es ist anerkannt[962], dass die Maxime der optimalen Masseverwertung es rechtfertigt, einen Vertragspartner gegenüber den anderen Insolvenzgläubigern besser zu stellen und als Massegläubiger (§ 46 Z 4 und 5 IO) zu behandeln, wenn nur die ungeschmälerte Erfüllung seiner Ansprüche es ermöglicht, eine wirtschaftlich sinnvolle Leistung in die Masse zu ziehen (etwa indem dadurch die Einrede des Vertragspartners nach § 1052 ABGB überwunden wird).

2. Ungeklärt ist das Verhältnis von Synallagmaschutz zu Gläubigergleichbehandlung hingegen für die Situation, die am Ausgangspunkt der Überlegungen steht: wenn den Vertragspartner eine **Vorleistungspflicht** trifft. Auch hier greift *materieller* Synallagmaschutz ein, weil das Vertragsverhältnis und damit die gegenseitigen Leistungsansprüche infolge des Vertragseintritts unverändert weiterbestehen. Allerdings erscheint – aus den eingangs skizzierten Gründen[963] – zweifelhaft, ob der vorleistungspflichtige Vertragspartner ebenso *prozessualen* Synallagmaschutz in Anspruch nehmen kann. Ob dies gerechtfertigt ist, wäre strukturell an dieser Stelle zu behandeln; die Frage muss vorerst aber zurückgestellt werden, weil sie sich erst in Zusammenschau mit noch anzustellenden Überlegungen zur gesetzlichen Auflösung der Prinzipienkollision beantworten lässt[964].

4. Surrogatansprüche infolge Erfüllungsablehnung oder Kündigung von Bestandverhältnissen (§ 21 Abs 1, § 23 IO)

1. Wird das Vertragsverhältnis zwischen Schuldner und Vertragspartner nicht abgewickelt, weil der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung ablehnt oder den Vertrag kündigt, kann dennoch ein Konflikt zwischen *formellem* Synallagmaschutz und Gläubigergleichbehandlung auftreten. Nach einhelliger Auffassung stehen Ansprüche auf Rückabwicklung[965] und auf Schadenersatz[966] infolge Auflösung von gegenseitigen Verträgen **ebenfalls im Synallagma**. Das gilt gleichermaßen in der Insolvenz, sodass das materielle

Petersen/Kleinfeller, KO[3] 80. Mit differenzierenden Ansatz jedoch *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 (563).

962 Dazu schon oben S 136 bei und in FN 573 samt Nachweisen.

963 Oben 3. Kapitel § 1 C; S 140 ff und Pkt 3. Kapitel § 2; S 145 ff.

964 Unten 3. Kapitel § 5; S 323 ff.

965 Dies folgt aus der einhelligen Auffassung, wonach die Zug-um-Zug-Einrede (§ 1052 ABGB) auch im Rückabwicklungsverhältnis gewährt wird (siehe oben S 183 f bei und in FN 784 f).

966 Zu erklären ist dies damit, dass es sich bei diesen Schadenersatzansprüchen um ein

Synallagma gewahrt erscheint (oben S 223 f). Die sich daraus ergebenden Ansprüche des Vertragspartners qualifiziert entweder schon das Gesetz explizit als Insolvenzforderungen (§ 21 Abs 2 IO)[967]. Oder – soweit dies nicht der Fall ist (§ 23 IO) – es existiert keine gesetzliche Sonderregel, wonach der Vertragspartner als Massegläubiger zu behandeln ist[968]; er ist diesbezüglich somit bloß **Insolvenzgläubiger** und sein Surrogatanspruch wird gekürzt. Anders als bei den zuvor[969] besprochenen Abwicklungsansprüchen (Erneuerung von erloschenen Offerten, Vertragseintritt und Fortsetzung von Bestandverhältnissen) scheint das Synallagma daher bei Erfüllungsablehnung und Kündigung nur auf materieller, nicht aber auf prozessualer Ebene geschützt. Demnach wiegt hier offensichtlich die **Gläubigergleichbehandlung schwerer** als der prozessuale Synallagmaschutz. Auf den ersten Blick könnte man darin einen Wertungswiderspruch vermuten; denn für das Rangverhältnis von Gläubigergleichbehandlung und prozessualem Synallagmaschutz haben die Regelungen über die eigentlichen *Abwicklungsansprüche* in Austauschverhältnissen gezeigt, dass das Synallagma auf prozessualer Ebene geschützt ist. Weshalb das Synallagma der *Surrogatansprüche* infolge Erfüllungsablehnung/Kündigung hingegen nicht geschützt sein soll, scheint systematisch schwer zu rechtfertigen. Der vermeintliche Widerspruch löst sich jedoch auf, sobald man sich daran erinnert, dass in dieser Situation keine bloß bilaterale Prinzipienkollision vorliegt, sondern ein mehrschichtiger Konflikt. Wägt man bloß den prozessualen Synallagmaschutz und das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung gegeneinander ab, so greift die Betrachtung zu kurz, weil – wie bereits herausgestrichen – zudem die **Maxime der optimalen Masseverwertung** miteinzubeziehen ist. Erst wenn man auf diesen Gesetzeszweck, der in manchen Konstellationen hinzutritt, Bedacht nimmt, lässt sich konsequent erklären, weshalb der Vertragspartner unterschiedlich behandelt wird – entweder als Insolvenz- oder als Massegläubiger:

Grundsätzlich **prävaliert** die **Gläubigergleichbehandlung** gegenüber dem **prozessualen Synallagmaschutz**; das zeigen die Rechtsfolgen, die für Surrogatansprüche aus Austauschverhältnissen vorgesehen sind. Eine Ausnahme von dieser Regel greift nach den gesetzlichen Wertungen jedoch, wenn es für die Masse vorteilhaft ist, ein Austauschverhältnis abzuwickeln, und sich der Insolvenzverwalter daher entscheidet, eine erloschene Offerte zu erneuern, in den Vertrag einzutreten oder ein Bestandverhältnis fortzusetzen.

Surrogat des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs handelt (vgl *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 80 f).

967 Oben S 135 bei und in FN 568 mit Nachweisen.

968 Eine Masseforderung nach § 46 Z 6 IO besteht in diesem Fall nicht, weil dieser Tatbestand nur solche Bereicherungsansprüche gegen die Masse erfasst, die sich aus einer rechtsgrundlosen Bereicherung *nach* Insolvenzeröffnung ergeben (OGH 8 Ob 4/94 in JBl 1995, 520; 8 Ob 155/03g in ZIK 2004, 98/124, RIS-Justiz RS0111103; *Engelhart* in Konecny, Insolvenzgesetze § 46 KO Rz 309).

969 Unmittelbar oben Pkt 3; S 230 f.

Dann tritt die Maxime der **optimalen Masseverwertung** hinzu, die es – wie einhellig anerkannt[970] – rechtfertigt, einen Vertragspartner zu privilegieren und als Massegläubiger zu behandeln. Somit sprechen nun zwei Momente dafür, den Vertragspartner ungekürzt zu befriedigen. Erst das Gewicht beider zusammen – Synallagmaschutz und Maxime der optimalen Masseverwertung – überwiegt im Verhältnis zur Gläubigergleichbehandlung; die Abwägung schlägt daher zu Lasten der Gläubigergleichbehandlung um: Der Vertragspartner ist Massegläubiger. Verlangt hingegen die Maxime der optimalen Masseverwertung nicht danach, ein Austauschverhältnis abzuwickeln und den Vertragspartner dabei als Massegläubiger zu behandeln, so bleibt es bei der Grundwertung: Die Gläubigergleichbehandlung geht dem prozessualen Synallagmaschutz vor. Dementsprechend kann der Vertragspartner seine *Surrogatansprüche* – obwohl sie ebenso wie seine *Abwicklungsansprüche* im Synallagma stehen! – bloß als Insolvenzforderungen anmelden.

2. Diese Betrachtung lässt noch einen weiteren, bemerkenswerten Umstand hervorleuchten, der schon eingangs[971] angeklungen ist. Die **Maxime der optimalen Masseverwertung** zieht, je nachdem auf welcher Rechtsfolgenebene sie wirksam wird, **unterschiedliche Effekte für den Synallagmaschutz** nach sich: Während der *materielle* Synallagmaschutz abgeschwächt und gelockert wird, um den Zweck der optimalen Masseverwertung zu verfolgen (konkret: die Instrumente des Vertragspartners zum Schutz des Synallagmas werden beschränkt[972]), bewirkt derselbe Gesetzeszweck auf *prozessualer* Ebene gerade das Gegenteil: Das Synallagma wird geschützt (konkret: der Vertragspartner wird als Massegläubiger gegenüber anderen Insolvenzgläubigern privilegiert[973]), obwohl das Synallagma grundsätzlich dem Gleichbehandlungsgrundsatz geopfert werden müsste.

Hat man erkannt, dass die Maxime der optimalen Masseverwertung diametral ausgerichtete Effekte für den Synallagmaschutz auslösen kann, ist man davor gefeit, vorschnelle Schlüsse zu ziehen. So mag es zwar auf den ersten Blick schlüssig scheinen, ein allgemeines insolvenzrechtliches Regelungsprinzip anzunehmen, wonach die Maxime der optimalen Masseverwertung dem Insolvenzverwalter generell erlaubt, sich zum Wohl der Masse über den Synallagmaschutz hinwegzusetzen. Man könnte verführt sein daraus abzuleiten, wie der **vorleistungspflichtige** Vertragspartner zu behandeln ist: Tritt der Insolvenzverwalter in den Vertrag ein (§ 21 IO), wäre demnach zum Wohle

970 Oben S 136 bei und in FN 573 samt Nachweisen.

971 Oben S 198.

972 Oben 3. Kapitel § 4 B.II.3; S 225 ff. Die zweite Fallgruppe der *Erweiterung der rechtlichen Bewegungsfreiheit* des Insolvenzverwalters bedeutet für sich genommen hingegen *keine Beeinträchtigung des materiellen Synallagmas*, weil die besonderen Möglichkeiten des Insolvenzverwalters durchgehend mit Surrogatansprüchen des Vertragspartners kompensiert werden (oben 3. Kapitel § 4 B.II.2; S 223 ff).

973 Dazu unmittelbar oben im Text.

der Masse eine Störung des Synallagmas in Kauf zu nehmen oder sogar geboten. Konkret: Der vorleistungspflichtige Vertragspartner müsste zwar über Verlangen des Insolvenzverwalters voll erfüllen, selbst könnte er die Gegenleistung jedoch nur als Insolvenzforderung geltend machen. Bei näherer Überlegung greift eine solche Schlussfolgerung freilich zu kurz. Sie lässt unberücksichtigt, dass die Maxime der optimalen Masseverwertung – wie herausgearbeitet – auch genau das Gegenteil bewirken kann: Das Synallagma wird geschützt, wo es nach allgemeinen Regeln (Gläubigergleichbehandlung) eigentlich nicht geschützt wäre.

5. Abwicklungsansprüche bei vollständiger Erfüllung durch den Vertragspartner

Die dritte Konstellation, in der ein Konflikt zwischen Gläubigergleichbehandlung und (prozessualem) Synallagmaschutz auftaucht, liegt vor, wenn der Insolvenzverwalter weder in den Vertrag eintritt noch den Vertrag einseitig auflöst, weil der Vertragspartner den Vertrag bereits vollständig erfüllt hat. Der Insolvenzverwalter ist nicht berechtigt, die weitere Erfüllung abzulehnen (§ 21 IO), das Austauschverhältnis bleibt daher inhaltlich unberührt. Dem Vertragspartner steht die noch ausstehende Gegenleistung (Abwicklungsanspruch) oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Surrogatanspruch) zu. Der **materielle Synallagmaschutz** ist **intakt**. Da der Vertragspartner diese Ansprüche mangels Ausnahmeregelung nur als Insolvenzforderung anmelden kann (§ 50 IO), **verliert** er jedoch den **prozessualen Synallagmaschutz**, die Gläubigergleichbehandlung setzt sich durch. Es zeigt sich erneut: Die Gläubigergleichbehandlung prävaliert grundsätzlich gegenüber dem prozessualen Synallagmaschutz; sie hat Vorrang, solange die **Maxime der optimalen Masseverwertung** nicht hinzutritt und dadurch der Stellenwert der Regelungsprinzipien zueinander verschoben wird. Die Maxime der optimalen Masseverwertung kann aber gar nicht ins Spiel kommen, wenn der Vertragspartner vollständig erfüllt hat. Er verfügt dann über keine Leistung mehr, die er unter Berufung auf § 1052 ABGB noch zurückhalten könnte; es trifft ihn also keine Leistungspflicht mehr, die der Insolvenzmasse noch nützen könnte[974]. Der Vorrang von Gläubigergleichbehandlung gegenüber dem prozessualen Synallagmaschutz bleibt unberührt.

6. Zwischenresümee

Bleibt das *materielle* Synallagma in der Insolvenz intakt, stellt sich die Folgefrage, ob der Vertragspartner seine daraus erfließenden Ansprüche ohne weiteres durchsetzen kann, ob das Synallagma also auch *prozessual* geschützt ist. Die Durchsetzung ist eingeschränkt, wenn das Gebot der Gläubigergleichbe-

974 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 20.13. Dazu auch schon oben S 136 bei und in FN 573 samt Nachweisen.

handlung danach verlangt, die Ansprüche der Vertragspartner zu kürzen. Der Konflikt zwischen Gläubigergleichbehandlung und Synallagmaschutz wird also auf **Ebene des prozessualen Synallagmaschutzes** ausgetragen. Analysiert man die einschlägigen Fallgruppen, ist als gesetzliche Grundwertung zu erkennen, dass die **Gläubigergleichbehandlung** gegenüber dem prozessualen Synallagmaschutz **prävaliert**; unbefriedigte Erfüllungs- und Surrogatansprüche des Vertragspartners werden daher in der Regel gekürzt. Davon ausgenommen sind Situationen, in denen es die **Maxime der optimalen Masseverwertung** erforderlich macht, den Vertragspartner voll zu befriedigen: Lässt sich ein wirtschaftlicher Vorteil für die Insolvenzmasse nur erzielen, indem das prozessuale Synallagma zugunsten des Vertragspartners intakt bleibt, tritt die Gläubigergleichbehandlung ausnahmsweise zurück; hier sprechen zwei Momente (Synallagmaschutz und Maxime der optimalen Masseverwertung) dafür, den Vertragspartner ungekürzt zu befriedigen. Das Gewicht beider zusammen überwiegt im Verhältnis zur Gläubigergleichbehandlung.

IV. Ergebnisse

1. Der vorstehende Abschnitt (3. Kapitel § 4 B) hat untersucht, wie das positive Recht die Kollision von Synallagmaschutz einerseits und den insolvenzrechtlichen Prinzipien andererseits – Maxime der optimalen Masseverwertung und Gläubigergleichbehandlung – auflöst. Will man aus den gesetzlichen Vorgaben Regeln zur Auflösung dieser Konflikte extrahieren, so ergibt sich ein mehrfach differenzierendes Bild. Zunächst ist festzustellen, dass der Synallagmaschutz von zwei insolvenzrechtlichen Prinzipien berührt ist: von der Maxime der optimalen Masseverwertung und vom Gebot der Gläubigergleichbehandlung. Sie greifen auf **verschiedenen Rechtsfolgenebenen** in den Synallagmaschutz ein, die man prägnant als materiellen und prozessualen Synallagmaschutz bezeichnen kann.

2. Dem **materiellen Synallagmaschutz** dienen Rechte und Rechtsbehelfe des Vertragspartners, die unmittelbar aus dem Rechtsverhältnis selbst entspringen und das Synallagma verwirklichen (Erfüllungsansprüche und Surrogatansprüche) oder seine Verletzung sanktionieren (Einreden und Auflösungsrechte). Die Maxime der optimalen Masseverwertung steht mit diesen Rechtsbehelfen in Konflikt, sie hat gegenüber dem materiellen Synallagmaschutz aber nur sehr punktuell und zeitlich beschränkt Vorrang. Erfüllungsansprüche und Surrogatansprüche bleiben unberührt. Lediglich die Sanktion von Synallagmaverletzungen ist eingeschränkt: Ist die Fortführung eines Unternehmens gefährdet, wird das Rücktrittsrecht wegen Verzugs (§ 918 ABGB) für sechs Monate suspendiert (§ 25a Abs 1 Z 2 IO) und die rechtswirksame Auflösung von Bestandverträgen einmalig negiert (Wiederaufleben nach § 12c IO); damit sind wohlgemerkt nur Synallagmaverletzungen, die *vor* Insolvenzeröffnung stattgefunden haben, einer Sanktion entzogen.

3. Der **prozessuale Synallagmaschutz** ist verwirklicht, indem der Vertragspartner die ihm aus dem materiellen Synallagmaschutz zur Verfügung gestellten Rechte und Rechtsbehelfe durchsetzen kann. Sie stehen mit dem Gebot der Gläubigergleichbehandlung in Konflikt. Erfüllungs- und Surrogatansprüche des Vertragspartners sind daher grundsätzlich zu kürzen. Von diesem Vorrang werden jedoch Ausnahmen gemacht, sofern die Maxime der optimalen Masseverwertung hinzutritt: Lässt sich ein wirtschaftlicher Vorteil für die Insolvenzmasse nur erzielen, wenn auch das prozessuale Synallagma zugunsten des Vertragspartners intakt bleibt, ist die **Gläubigergleichbehandlung aufgehoben**. In einer solchen Situation sprechen zwei Momente dafür, den Vertragspartner ungekürzt zu befriedigen; das Gewicht beider zusammen (Synallagmaschutz und Maxime der optimalen Masseverwertung) überwiegt im Verhältnis zur Gläubigergleichbehandlung; der Vertragspartner ist dann Massegläubiger.

4. Die Analyse des Konflikts zwischen Synallagmaschutz und den insolvenzrechtlichen Prinzipien hat ferner zutage gefördert, dass die **Maxime der optimalen Masseverwertung unterschiedliche Effekte** für den Synallagmaschutz auslöst, je nachdem auf welcher Rechtsfolgenebene sie wirksam wird. Während sie den *materiellen* Synallagmaschutz abschwächt und lockert, um die Masse optimal verwerten zu können (konkret: Instrumente des Vertragspartners zum Schutz des Synallagmas sind beschränkt), bewirkt derselbe Gesetzeszweck auf *prozessualer* Ebene gerade das Gegenteil: Das Synallagma bleibt geschützt, wenngleich es *eigentlich der Gläubigergleichbehandlung zum Opfer fallen müsste* (konkret: der Vertragspartner wird als Massegläubiger gegenüber anderen Insolvenzgläubigern privilegiert). Dass die Maxime der optimalen Masseverwertung diametral entgegengesetzt auf den Synallagmaschutz wirken kann, ist eine bedeutsame Erkenntnis. Sie macht evident, dass es die Maxime der optimalen Masseverwertung dem Insolvenzverwalter keineswegs generell erlaubt, sich zum Wohl der Masse über den Synallagmaschutz hinwegzusetzen. Das darf man nicht aus den Augen verlieren, wenn es in der Folge darum geht zu beantworten, wie der **vorleistungspflichtige** Vertragspartner zu behandeln ist. Tritt der Insolvenzverwalter in den Vertrag ein (§ 21 IO), wäre an sich zum Wohle der Masse eine Störung des Synallagmas in Kauf zu nehmen oder sogar geboten. Konkret: Der vorleistungspflichtige Vertragspartner müsste über Verlangen des Insolvenzverwalters zwar voll erfüllen, er selbst könnte jedoch seinen Anspruch auf die Gegenleistung nur als Insolvenzforderung geltend machen. Bei näherer Überlegung greift eine solche Schlussfolgerung allerdings zu kurz. Sie lässt unberücksichtigt, dass die Maxime der optimalen Masseverwertung eben auch das Gegenteil bewirken kann. Das Synallagma wird geschützt, wo es nach allgemeinen Regeln (Gläubigergleichbehandlung) eigentlich keinen Schutz genießt. Erst

die noch vorzunehmende[975], präzise Zusammenschau aller zivil- und insolvenzrechtlichen Wertungen wird es erlauben, auf einer dogmatisch untermauerten Grundlage zu beurteilen, wie der vorleistungspflichtige Vertragspartner zu behandeln ist.

C. Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame versus Gläubigergleichbehandlung

1. Die Untersuchung hat bereits versucht, mehrere Prinzipienkonflikte aufzulösen: den Konflikt zwischen der Vertragstreue und der Maxime der optimalen Masseverwertung[976]; und eben zuvor den Konflikt zwischen Synallagmaschutz und den insolvenzrechtlichen Prinzipien der optimalen Masseverwertung sowie der Gläubigergleichbehandlung[977]. Mehrfach[978] ist schon angeklungen, dass das Sachen- und Insolvenzrecht von einem weiteren Bauprinzip beherrscht zu sein scheinen, das für die Stellung des vorleistungspflichtigen Vertragspartners bedeutsam ist. Das neue Bauprinzip ist insbesondere zum Vorschein gekommen, als die in einer Vorleistungssituation tangierten Regelungsprinzipien und die dabei ausgelösten Interessenkollisionen aufgefächert wurden (oben S 201 f), allerdings ist es bislang einigermaßen konturlos geblieben. Greifbaren Niederschlag findet dieses Prinzip dort, wo das Privatrecht die **Gewahrsamsübertragung als Zäsur** heranzieht, wenn es eine **insolvenzfeste Position** gewährt. Demnach ist ein Gläubiger privilegiert, solange er vom Schuldner zu beanspruchende Vermögenswerte (noch) in seiner Gewahrsame hat. Evident ist damit, dass das neue Bauprinzip mit der **Gläubigergleichbehandlung** in Konflikt gerät. Muss die Gläubigergleichbehandlung zugunsten des neuen Bauprinzips zurücktreten, wird der Gläubiger aufgrund seiner Gewahrsame ungekürzt befriedigt. Man kann demnach davon sprechen, dass die Gläubigergewahrsame den prozessualen Synallagmaschutz stärkt oder wiederaufleben lässt.

2. Das damit ins Spiel gebrachte neue Bauprinzip ist bislang allerdings noch nicht in ausreichend klare Konturen gefasst; ohne scharfe Umrisse taugt es nicht als Grundlage für weitere Überlegungen. Bevor sich die Kollision zwischen dem neuen Bauprinzip und der Gläubigergleichbehandlung analysieren lässt, muss daher eine Befundaufnahme vorangehen. Die dogmatischen Wurzeln dieser das Sachen- und Insolvenzrecht durchwachsenden Zäsur lassen sich in reinster Form wohl im Faustpfandprinzip vermuten. Dort soll deshalb der Startpunkt liegen, von dem aus das Prinzip gedeutet wird und die hinter

975 Unten 3. Kapitel § 5; S 323 ff.
976 Oben 3. Kapitel § 4 A; S 203 ff.
977 Oben 3. Kapitel § 4 B; S 219 ff.
978 Oben S 185, 189 und 198 f.

ihm stehenden gesetzlichen Wertungen analysiert werden. Wie ebenfalls bereits angedeutet[979], nimmt das Privatrecht den Umstand der (noch) bestehenden Gläubigergewahrsame auch in zahlreichen Situationen abseits des Pfandrechts zum Anlass, einen Gläubiger zu privilegieren. Es wird daher stets darauf zu achten sein, mit den gewonnenen Erkenntnissen einen verallgemeinerungsfähigen Erklärungsansatz dafür zu liefern, weshalb in Situationen mit Gläubigergewahrsame die Gläubigergleichbehandlung durchbrochen ist.

I. Befund: „In-Händen-Halten" eines Vermögenswerts als insolvenzrechtlich relevantes Tatbestandsmerkmal

1. „In-Händen-Halten" und Gläubigergewahrsame

Das Insolvenzrecht differenziert bei der **Behandlung eines Gläubigers** mehrfach anhand des Kriteriums, ob er einen Vermögenswert – vorerst sei die saloppe und unscharfe Formulierung gestattet – noch „in Händen hält" oder bereits „aus der Hand gegeben" hat. Einen solchen Befund hat die Lehre[980] wiederholt aufgestellt; auf ähnliche – wenngleich ebenfalls noch konturlose – Ansätze stößt man bereits in der Genese zum „umfassenden" (weil auf Konnexität verzichtenden) unternehmerischen Zurückbehaltungsrecht (§ 369 UGB)[981]. Wie sich schon eingangs zeigt, ist der hier zu entwickelnde Gedanke nicht als revolutionäre These einzustufen. Sein dogmatisches Fundament und seine Stellung im System der Gläubigerbehandlung scheinen allerdings noch nicht ausreichend gewürdigt und aufbereitet zu sein[982]. Versucht man, das ins Spiel gebrachte Tatbestandsmerkmal in die bekannten privatrechtlichen Kategorien einzuordnen, liegt es aufs Erste nahe, das In-Händen-

979 Oben 3. Kapitel § 3 C.II.4.b; insbesondere S 188 f.

980 Exakt auf diese Weise formuliert etwa *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 109. Siehe ferner *K. Schmidt*, JZ 1976, 756 (757), der betont, es sei für das Insolvenzrisiko nicht bedeutungslos, ob der Gläubiger ein Darlehen bereits ausbezahlt habe oder nicht; in diesem Sinn auch *derselbe*, aaO 761, im Zusammenhang mit den Voraussetzungen für eine Privilegierung des Vertragspartners im Rahmen von § 17 dKO (entsprach § 21 IO): „Nicht erfüllt haben bedeutet, nicht hergegeben haben"; siehe ferner etwa *Grundmann*, JA 1985, 80 (84): Zu schützen sei derjenige, „der dem Gemeinschuldner keinen Kredit schenkte und selbst nicht vor dem Vertragspartner leistete"; vgl ferner *Astner*, Inkongruente Deckung 79, der das Insolvenzrisiko von der endgültigen Aufgabe der Sachgewahrsame abhängig macht. Siehe auch schon oben S 153 f.

981 So war man sich schon im Zuge der Redaktion der einschlägigen Bestimmungen sehr wohl einer berechtigten Vorstellung bewusst, dass sich ein Kaufmann für gesichert halten dürfe, Kredit zu gewähren, wenn er Eigentum des Schuldners in Händen halte; näher dazu *Wolff*, ArchHR 3, 251 (252 ff mit weiteren Hinweisen).

982 Plastisch etwa die im Rahmen der Entstehungsgeschichte des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts geäußerten Bedenken: „ein auf dunklen Vorstellungen von Deckung beruhendes Prinzip von unbestimmter Tragweite" (*Wolff*, ArchHR 3, 251 [253]).

Halten mit der Ausübung von **Gewahrsame** gleichzusetzen. Im hier verwendeten Sinn geht das In-Händen-Halten aber – wie sich zeigen wird – über die bloße Gewahrsame im herkömmlichen Sinn hinaus: Es umschreibt nämlich gleichermaßen Situationen, in denen der Gläubiger einen unkörperlichen Vermögenswert „in Händen hält", etwa weil er eine Geldforderung des Schuldners noch nicht beglichen oder eine sonstige Leistung noch nicht erbracht hat; selbst solche Situationen sind also miteinzubeziehen, in denen der Vermögenswert dem Vermögen des Schuldners noch nicht zugeordnet ist, sondern dieser bloß Anspruch darauf erheben kann[983]. Wenn im Folgenden bisweilen der Einfachheit halber dennoch verkürzt von der Gewahrsame des Gläubigers an einem Vermögenswert die Rede ist, sind damit auch solche Konstellationen gemeint. Die begriffliche Unschärfe und Abweichung gegenüber dem gebräuchlichen Verständnis soll die Formulierungen lediglich von vermeidbarem Ballast befreien; sie sei für den Rest der Untersuchung gestattet.

2. Gläubigerprivilegierung mittels Durchbrechung der Gläubigergleichbehandlung

1. Dass der Gläubiger einen Vermögenswert, den der Schuldner beanspruchen kann, in Händen hält, ist zunächst unter dem Aspekt der Gläubigergleichbehandlung bedeutsam. Deutlich findet das darin Niederschlag, dass die Rechtsordnung **dingliche und damit**[984] **insolvenzfeste Rechte** anerkennt. Ihre Begründung und Übertragung erfordern bei beweglichen Sachen grundsätzlich die Einräumung von Besitz als äußeres Zeichen[985]. Zwar haben Übergabesurrogate dieses Erfordernis stark verwässert[986], doch ist es bei den Sicherungsrechten, die gerade für den Eintritt der wirtschaftlichen Krisensituation konzipiert sind, durch das **Faustpfandprinzip** (§ 451 ABGB) speziell abgesichert[987]: Nur wenn der Schuldner einen entsprechenden Übertragungsakt setzt – dazu muss er grundsätzlich (§ 452 ABGB) dem Gläubiger die Gewahrsame an der Sache übertragen[988] –, entsteht das insolvenzfeste Siche-

983 Zu dieser Irrelevanz der Eigentumsfrage sogleich näher S 240 bei und in FN 992.

984 Womit Aus- und Absonderungsrechte für dinglich Berechtigte zu rechtfertigen sind, wird noch darzulegen sein: Dabei ist zwischen solchen Rechten mit Gläubigergewahrsame am Vermögenswert (Pfandrecht/Sicherungsübereignung; dazu unten 3. Kapitel § 4 C.III; insbesondere S 268 ff) und jenen ohne Gläubigergewahrsame am Vermögenswert (Eigentumsvorbehalt, vermietete/entliehene/verwahrte Sachen; dazu unten 3. Kapitel § 4 C.IV; S 293 ff) zu unterscheiden.

985 Siehe etwa nur *Wellspacher*, Vertrauen 121 f, unter Hinweis auf *Zeiller*, Vortrag zum Sachenrecht; ferner *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1 I.4.d (S 23).

986 So etwa *Einsele*, JZ 1990, 1005 (1007); *Medicus*, JURA 2001, 294 (295).

987 Diese Strenge des allgemeinen Publizitätsprinzips im Anwendungsbereich der Sicherungsrechte streicht etwa *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 320, heraus.

988 Ebenso genügt aber, dass die Pfandsache in die Gewahrsame eines Dritten gelangt; dazu S 252 FN 1033.

rungsrecht. Die Rechtsstellung des Pfandgläubigers gegenüber der Insolvenzmasse hängt zudem, auch noch nachdem das Pfandrecht wirksam begründet wurde, davon ab, ob er die **Pfandsache in seiner Gewahrsame** hat oder nicht: Befindet sich die Pfandsache beim Absonderungsgläubiger, ist gegen seinen Willen weder eine kridamäßige Veräußerung noch eine freihändige Verwertung möglich; erst wenn die gesicherte Forderung fällig ist, kann das Insolvenzgericht dem Absonderungsgläubiger eine Frist zur Verwertung setzen, nach deren fruchtlosem Verstreichen es ihm auftragen kann, die Pfandsache an den Insolvenzverwalter zur Verwertung herauszugeben (§ 120 Abs 3 IO: *Verwertungszwang*)[989]. Hat hingegen der Insolvenzverwalter die Pfandsache in seiner Verfügungsmacht, kann er sie ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der Forderung gerichtlich veräußern oder anderweitig verwerten (§ 120 Abs 2 IO). Der Umstand, dass der Absonderungsgläubiger die Pfandsache in Händen hält, bringt ihm also noch weitere Vorteile, die über die abgesonderte Befriedigung hinausgehen[990].

2. Dass dinglich Berechtigte in der Insolvenz gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt sind, ist allgemein bekannt. Die Stellung des Gläubigers hängt aber auch in anderen Konstellationen, das heißt abseits dinglicher Rechte, davon ab, ob er einen **Vermögenswert, auf den der Schuldner Anspruch hat**, in Händen hält oder nicht. Dabei muss dem Schuldner an dem in Gläubigergewahrsame befindlichen Vermögenswert keineswegs das Eigentumsrecht oder ein sonstiges dingliches, einen Herausgabeanspruch begründendes Recht zustehen. Die sogleich zu erörternden Konstellationen werden erhellen, dass es für die Privilegierung des Gläubigers vielmehr genügt, wenn der Schuldner berechtigt ist, die **Herausgabe einer Sache oder die Erbringung einer Leistung**[991] **vom Gläubiger zu fordern, gleichgültig aus welchem Titel**[992].

989 Im Einzelnen *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 553; *Riel* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 120 KO Rz 74 ff; *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht IV⁴ § 120 KO Rz 55 (kein Verwertungszwang, weil keine Pflicht im technischen Sinn, sondern bloße Verwertungsobliegenheit).

990 Näher *Burgstaller*, Pfandrecht 50 ff. Zur dogmatischen Rechtfertigung dieser Rechtsfolge mit dem Gedanken der Dispositionsentziehung unten S 273 FN 1105.

991 Die Erbringung von Leistungen zieht grundsätzlich schon *Schenck*, Retentionsrecht 112 ff, als denkbaren Anwendungsfall eines Zurückbehaltungsrechts zur Sicherung des Gläubigers in Betracht, lehnt dies im Ergebnis aber aus konstruktiven Überlegungen ab.

992 Ganz in diesem Sinn hat man im Zuge der BGB-Redaktion (*Johow*, Begründung 1461) betont, dass die Sicherung des Gläubigers durch ein Zurückbehaltungsrecht nicht davon abhängt, wer Eigentümer des zurückbehaltenen Vermögenswerts ist (*Irrelevanz der Eigentumsfrage*). Deutlich ist dies auch dem Gesetz zu entnehmen, wenn das unternehmerische Zurückbehaltungsrecht ausdrücklich für Sachen im Eigentum des Gläubigers eingeräumt wird (§ 369 Abs 1 Satz 2 UGB; näher *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 217 f). Vgl ferner *Schenck*, Retentionsrecht 53 f, der als Gemeinsamkeit der beiden hier einschlägigen und im Folgenden eingehend zu besprechenden Institute der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechts (unten 3. Kapitel § 4 C.III.3;

Die These, dass Vermögenswerte in Gläubigergewahrsame ein **bevorzugtes Befriedigungsrecht** des Gläubigers erlauben, ist freilich noch rudimentär; sie muss präzisiert werden. Zu denken ist zum einen an Situationen, in denen der Vermögenswert in Gläubigergewahrsame dem **Vermögen des Schuldners** zugeordnet ist, der Gläubiger also verpflichtet ist, ihn an den Schuldner herauszugeben. Solche Fälle sind mit Blick auf die Gläubigerprivilegierung unproblematisch: Der Vermögenswert ist (bereits) Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds, es besteht also keine Schwierigkeit, dem Gläubiger daran ein bevorzugtes Befriedigungsrecht einzuräumen. Zum anderen kann sich der Vermögenswert, der als Sicherheit dient, nicht bloß in Gläubigergewahrsame, sondern auch (noch) im **Gläubigervermögen** befinden; gemeint sind Fälle, in denen der Gläubiger gegenüber dem Schuldner (noch) zur Leistung verpflichtet ist, etwa weil er den Vermögenswert dem Schuldner zu übereignen hat. Hier leuchtet es nicht unmittelbar ein, dem Gläubiger ein (bevorzugtes) Befriedigungsrecht an diesem Vermögenswert zu gewähren. Das scheint prima vista schwer vorstellbar, zumal der Gläubiger damit Befriedigung aus seinem eigenen Vermögenswert erhielte. Das konstruktive Hindernis löst sich jedoch auf, hat man erkannt, dass der Leistungsanspruch des Schuldners gegen den Gläubiger einen Vermögenswert im schuldnerischen Haftungsfonds verkörpert. Der Gläubiger kann ohne weiteres berechtigt sein, sich aus dieser Forderung gegen sich selbst vorzugsweise zu befriedigen, nämlich indem er die eigene Verbindlichkeit zum Erlöschen bringt. Eine solche Sichtweise mag auf den ersten Blick konstruiert erscheinen, ist jedoch keineswegs abwegig. Sie ist im Rechtsinstitut der Barkaution anerkannt: Der Gläubiger (Kautionsnehmer) ist dadurch gesichert, dass er sich aus der eigenen Schuld gegenüber dem Pfandbesteller (*pignus debiti*) bevorzugt befriedigen kann[993].

3. Auch beim beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrag im Sinne des § 21 IO trifft man eine solche Situation an, in der der Gläubiger einen vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert in seiner Gewahrsame hat und deswegen privilegiert ist. Nach überwiegender – meines Erachtens zutreffender – Ansicht[994] wirkt die **Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters** lediglich ex nunc; (Teil-)Leistungen und Vermögenswerte, die der Vertragspartner/Gläubiger bereits aus der Hand gegeben hat, verbleiben demnach in der Insolvenzmasse und sind für ihn verloren. Aus der herr-

S 276 ff) als relevanten Umstand hervorhebt: Es werde etwas zurückbehalten, was man dem Schuldner schuldet, mag dies auch aus unterschiedlichem Rechtsgrund sein.

993 *Pfaff*, GZ 1869, 295 (295); ihm folgend *Klang* in Klang, ABGB² II 398. Ebenso *Ehrenzweig*, System I/2, 397 f; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 9/12; *Koch* in KBB, ABGB⁷ § 447 Rz 3; *Wolf*, wobl 1999, 343 (343). Anders *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher*, Sachenrecht² 195, und *Wieling*, Sachenrecht² § 15.I.4 (S 697), sowie *Spitzer*, Pfandverwertung 32 mit weiteren Hinweisen.

994 Siehe oben S 133 f FN 563 ff mit Nachweisen.

schenden Differenztheorie[995] folgt aber, dass dem Vertragspartner jene (Teil-) Leistungen zur Befriedigung dienen, die der Schuldner bereits erbracht hat und die sich nun in den Händen des Vertragspartners befinden: Der Vertragspartner behält die empfangene Leistung und bringt deren Wert von seinem Schadenersatzanspruch (§ 21 Abs 2 IO) in Abzug.

Beim **Zurückbehaltungsrecht** spielt das Kriterium des In-Händen-Haltens ebenfalls eine Rolle für die Position des Gläubigers. Zurückbehaltungsrechte sind dem Pfandrecht gleichgestellt (§ 10 Abs 2 IO) und gewähren damit ein Recht auf bevorzugte Befriedigung. Sachen des Schuldners[996], die der Vertragspartner berechtigterweise zurückbehalten hat, die er also noch in Händen hält, dienen zur Sicherung seiner Forderungen gegen den Schuldner[997]; unter bestimmten Umständen ist – wie noch zu besprechen sein wird[998] – sogar ein Gläubiger privilegiert, der Vermögenswerte unberechtigt zurückbehält. Eine neuere Auffassung[999] räumt dem Zurückbehaltungsberechtigten überdies die schon angesprochenen Vorteile des Pfandgläubigers im Rahmen der Verwertung nach § 120 IO ein.

995 *Lehmann*, KO 151; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 21 KO Rz 24; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 288; *Kepplinger*, Synallagma 262; *Jaeger/Henckel*, KO[9] § 17 Rz 173; *Wegener* in Uhlenbruck, InsO[15] § 103 Rz 173.

996 Die Gleichstellung nach § 10 Abs 2 IO erfasst nach herrschender Auffassung nur solche Zurückbehaltungsrechte, bei denen der Gläubiger eine Sache des Schuldners in Händen hat, nicht aber jene nach §§ 1052, 1062 ABGB (*Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 545; *Apathy* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 10 KO Rz 16 mit weiteren Hinweisen). Angesichts der zuvor (FN 992) zitierten BGB-Materialien und spätere Überlegungen vorwegnehmend, aus denen ein allgemeines Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame abgeleitet werden wird (sogleich im Text), erscheint es fragwürdig, das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers auf Sachen des Schuldners einzuschränken. Dagegen spricht vor allem, dass § 369 Abs 2 Satz 2 UGB ein Zurückbehaltungsrecht unter bestimmten Voraussetzungen auch an Sachen im Eigentum des Gläubigers anerkennt, woraus gewichtige Stimmen im Wege der Analogie allgemein ein Zurückbehaltungsrecht an eigenen Sachen ableiten (dafür *Canaris* in Staub, HGB[4] §§ 369–372 Rz 26; dagegen *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 217).

997 Im Einzelnen ist umstritten, ob hier eine *formelle oder materielle* Gleichstellung mit dem Pfandrecht vorliegt: Nach überwiegender Auffassung bleibt das Zurückbehaltungsrecht inhaltlich unverändert (*Denkschrift* KO 19 f), sodass der Gläubiger nicht unmittelbar die Verwertung der zurückbehaltenen Sache begehren kann, sondern lediglich von der Prozesssperre (§ 6 Abs 1 IO) ausgenommen ist und daher auf Leistung bei sonstiger Exekution in die Sache klagen kann (Nachweise unten S 283 FN 1153).

998 Unten 3. Kapitel § 5 B.II.3; S 337 ff.

999 *Riel* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 120 KO Rz 74; *Apathy* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 10 KO Rz 18; *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht IV[4] § 120 KO Rz 57; zum Meinungsstand *Burgstaller*, Pfandrecht 103 f und 109 f.

Ähnlich wie ein Absonderungsberechtigter ist der Gläubiger geschützt, wenn eine **Aufrechnungslage** besteht und soweit seine Forderung in der Gegenforderung des Schuldners Deckung findet[1000]. Auf den ersten Blick mag man dies als Selbstverständlichkeit einstufen, doch gründet sein Schutz hier wiederum nur auf dem Umstand, dass der Gläubiger die dem Schuldner (aus der Gegenforderung) gebührende Leistung noch in Händen hält. Zahlt der Gläubiger nämlich – wenn auch irrtümlich, also in Unkenntnis der Aufrechnungslage –, ist die Gegenforderung getilgt; eine Rückforderung (wegen Irrtums) als Massebereicherung ist nicht möglich[1001]. Anders formuliert: Gibt der Gläubiger den Vermögenswert aus der Hand (Zahlung), geht seine Sicherheit verloren.

Schließlich kommt eine gleichartige Wertung im sogenannten **Verfolgungsrecht** (§ 45 IO) zum Ausdruck: Danach kann der Verkäufer an den Schuldner versendete Waren „zurückfordern"; er kann also Aussonderung der Ware verlangen, obwohl der Empfänger beim Versendungskauf in der Regel bereits mit Übergabe an den Transporteur Eigentum erworben hat (§ 429 ABGB)[1002]. Das Aussonderungsrecht setzt voraus, dass der Schuldner die Ware weder vollständig bezahlt hat noch Gewahrsame daran erlangt hat. Wiederum hängt die Stellung des Gläubigers in der Insolvenz also unmittelbar davon ab, wer bei Insolvenzeröffnung die Gewahrsame an einem dem Schuldner zustehenden Vermögenswert hat, wer den Vermögenswert also in Händen hält[1003].

4. Betrachtet man die einschlägigen insolvenzrechtlichen Bestimmungen, bestätigt sich das bereits vermutete allgemeine Bauprinzip: Ein Gläubiger ist **bevorzugt zu befriedigen**, also von der Gläubigergleichbehandlung ausgenommen, wenn sich **ein Vermögenswert, den der Schuldner zu fordern berechtigt ist, (noch) in den Händen des Gläubigers befindet**. Diese Formulierung lässt unbeantwortet, ob die Privilegierung, die an die Gläubigerge-

1000 Siehe nur *Schrutka-Rechtenstamm*, Compensation 18 ff und 58; *Ehrenzweig*, Zahlungsunfähigkeit 3; *Dullinger*, Aufrechnung 175; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 19 KO Rz 8; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 475 je mit weiteren Hinweisen.

1001 *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren^3 614; *Dullinger*, Aufrechnung 162 f; *dieselbe* in Rummel, ABGB^3 § 1438 Rz 15; *Schubert* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 11; *Konecny* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 102 KO Rz 21; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 19 KO Rz 90.

1002 Herrschende Auffassung; siehe nur *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 453; *Buchegger*, Insolvenzrecht^3 65; *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 45 KO Rz 1; *Hilger*, KTS 1988, 595 (595).

1003 Genau genommen wird dabei die Privilegierung des Gläubigers sogar über den Moment des Aus-der-Hand-Gebens hinaus erstreckt, weil sie bis zur Gewahrsamsbegründung durch den Schuldner eingreift; näher dazu und zur systematischen Einordnung dieser Besonderheit unten 3. Kapitel § 4 C.III.3.d; S 285 ff.

wahrsame geknüpft ist, gleichermaßen eingreift, wenn die Gläubigergewahrsame unberechtigt ist. Damit sind Fälle gemeint, in denen der Gläubiger – etwa auf Grund einer Vorleistungspflicht – bereits verpflichtet gewesen wäre, den Vermögenswert an den Schuldner herauszugeben oder ihm zu leisten. Diese Frage ist für den hier interessierenden einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt zentral; ihr ist aber erst zu einem späteren nachzugehen. Zunächst ist es erforderlich, das Grundprinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame mit ausreichend scharfen Konturen zu skizzieren. Darauf aufbauend ist zu untersuchen, wie der Gläubiger mit unberechtigter Gewahrsame, insbesondere der vorleistungspflichtige Gläubiger zu behandeln ist[1004].

3. Gläubigerprivilegierung auf anderem Weg

1. Das In-Händen-Halten eines Vermögenswerts ist nicht nur ausschlaggebend dafür, ob ein Gläubiger bevorzugt befriedigt wird; es kann mitunter auch Gläubigerprivilegierungen anderer Art auslösen. So wurde bereits angesprochen (oben S 240), dass dem Absonderungsgläubiger nach **§ 120 Abs 3 IO** noch weitere, über die abgesonderte Befriedigung hinausgehende Vorteile zukommen, wenn sich der Vermögenswert in seiner Gewahrsame befindet. Vorteile, die an das In-Händen-Halten eines Vermögenswerts anknüpfen, sehen ferner die bestandrechtlichen Bestimmungen der Insolvenzordnung vor. Das österreichische Insolvenzrecht schützt den Bestandnehmer in der **Bestandgeberinsolvenz** besonders, sobald ihm die Bestandsache übergeben wurde: Hat der Schuldner eine Sache in Bestand gegeben, das **Bestandobjekt** also bereits an den Bestandnehmer (Vertragspartner) **übergeben**[1005], kann der Insolvenzverwalter das Bestandverhältnis nicht mehr nach § 21 IO beenden, sondern er tritt in das Bestandverhältnis ein[1006] (§ 24 IO). Das bedeutet, dass er das Bestandverhältnis nicht im Wege einer (fristlosen) Erfüllungsablehnung auflösen kann, wenngleich der Tatbestand von § 21 IO an sich erfüllt wäre, sondern nur nach den allgemeinen Regeln kündigen kann[1007]. Die

1004 Unten 3. Kapitel § 5 B; S 329 ff.

1005 *Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 24 KO Rz 6; eingehend *Rathauscher*, Bestandrechte 15 ff (vgl insbesondere die Hinweise aaO 16 FN 75). Anders jedoch *Lehmann*, KO 159 ff; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 24 KO Rz 2.

1006 Diese Formulierung (Eintritt des Insolvenzverwalters) findet sich im Gesetzestext und ist weit verbreitet (etwa OGH 8 Ob 235/99p in ZIK 2000, 92/111); sie führt jedoch in die Irre (vgl nur *Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 58 f mit weiteren Hinweisen; *Konecny*, FS Krejci 1809 [1816 f]): Sie will lediglich ausdrücken, dass das Bestandverhältnis nach Insolvenzeröffnung ohne weiteres fortbesteht (*Oberhammer*, aaO § 24 KO Rz 1; *Riss* in KLS, IO[2] § 24 Rz 1); einer Erklärung des Insolvenzverwalters bedarf es dazu nicht.

1007 *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 24 KO Rz 8; *Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 24 KO Rz 1; *Riss* in KLS, IO[2] § 24 Rz 2; OGH 6 Ob 162/59 in MietSlg 7777; RIS-Justiz RS0064423.

Übergabe des Bestandobjekts verschafft dem Vertragspartner/Bestandnehmer also gewissen Bestandschutz und privilegiert ihn damit gegenüber anderen Gläubigern – und zwar deswegen, weil er einen Vermögenswert in Händen hält, auf dessen Herausgabe der Schuldner grundsätzlich Anspruch hat[1008]. Besitz oder Gewahrsame an der Bestandsache bringen ebenso in der **Bestandnehmerinsolvenz** Vorteile mit sich: Ein wegen Nichtzahlung des Bestandzinses rechtswirksam aufgelöstes Bestandverhältnis kann fortgesetzt werden (§ 12c IO)[1009]. Diese Möglichkeit besteht jedoch nur, solange der Schuldner die Bestandsache noch nicht zurückgestellt hat (und zwar weder freiwillig noch im Zuge einer Räumungsexekution), solange er sie also noch in Händen hält; danach erlischt seine Chance darauf, das Bestandverhältnis nach § 12c IO wiederherzustellen[1010].

Schließlich bestärkt noch eine Vorschrift des deutschen Insolvenzrechts den Befund, dass das In-Händen-Halten insolvenzrechtlich relevant ist. **§ 107 Abs 1 InsO** regelt die Situation, in der der Schuldner vor Insolvenzeröffnung eine bewegliche Sache unter Eigentumsvorbehalt verkauft und dem Vorbehaltskäufer (Vertragspartner) bereits „den Besitz[1011] an der Sache übertragen" hat. In diesem Fall kann der Vertragspartner die Erfüllung des Kaufvertrages verlangen. Abweichend von der allgemeinen Regel[1012] ist der Insolvenzverwalter also nicht berechtigt, die weitere Erfüllung nach § 103 InsO (entspricht § 21 IO) abzulehnen; dem Vertragspartner kann das bereits in seinem Besitz befindliche, wenngleich noch der Insolvenzmasse gehörende (!) Vorbehaltsgut nicht mehr entzogen werden.

1008 Bezeichnenderweise sprechen auch die Materialien zur deutschen Konkursordnung 1877 (*Motive* KO 75 = *Hahn*, Materialien KO 93) davon, das Bestandverhältnis erscheine ab Übergabe des Bestandobjekts „zugleich als ein dingliches Verhältnis." Man hat es deswegen als „nicht angemessen" angesehen, dem Insolvenzverwalter das allgemeine Erfüllungswahlrecht (heute: § 21 IO) einzuräumen, weil dem Bestandnehmer nach Übergabe ein (quasi-)dingliches Recht eingeräumt ist (*Petersen/Kleinfeller*, KO[3] 78). Teilweise wird auch erwogen, dass diese Regelung (= kein insolvenzspezifisches Kündigungsrecht) auf Bestandnehmerschutzüberlegungen beruht (*Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 24 KO Rz 1 aE). Eine solche teleologische Deutung ist meines Erachtens jedoch nicht zwingend: Zum einen kennt das österreichische Privatrecht keinen derart weitreichenden (also nicht auf unbewegliche Bestandobjekte beschränkten) Bestandnehmerschutz; zum anderen findet diese Regelung ihre Wurzeln bereits in der dKO 1877, entstammt also einer Zeit, in der Mieter-/Bestandnehmerschutz noch kein Anliegen des Gesetzgebers war (siehe nur *Stampfer*, Anfänge des Mieterschutzes 10 ff).

1009 *Konecny* in Konecny, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 13; *Riss* in KLS, IO[2] § 12c Rz 13 ff.

1010 *Konecny* in Konecny, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 42 f, 78 und 132; *Riss* in KLS, IO[2] § 12c Rz 14; näher dazu *Riss*, ZIK 2011, 168 (168).

1011 Zur Kritik an diesem Tatbestandsmerkmal und dessen Auslegung bereits oben S 217 FN 909.

1012 Zur Anwendbarkeit von § 21 IO bzw § 103 InsO bei Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers oben S 216 f mit Nachweisen.

2. Gläubigergewahrsame an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Gegenstand vermag nicht nur – wie sich zeigt –, dem Gläubiger bevorzugte Befriedigung zu verschaffen; sie kann dem Gläubiger auch **Vorteile anderer Art** bescheren, etwa indem sie im Allgemeinen bestehende Rechte der Insolvenzmasse beschränkt, sich vom Vertrag mit dem Vertragspartner zu lösen (Einschränkung der Erfüllungsablehnung nach § 21 IO; Fortsetzung von bereits aufgelösten Bestandverträgen nach § 12c IO). Abstrahierend formuliert lässt sich sagen: Das Bauprinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame manifestiert sich nicht ausschließlich darin, dass der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung durchbrochen ist; ebenso kann dieses Bauprinzip darin Niederschlag finden, dass dem Insolvenzverwalter grundsätzlich eingeräumte Möglichkeiten beschränkt sind, dass also die **Abschwächung der Vertragstreue**, die das Insolvenzrecht zum Zweck der optimalen Masseverwertung vorsieht, wieder rückgängig gemacht wird[1013]. Eine Gläubigerprivilegierung, die auf andere Weise als durch bevorzugte Befriedigung wirkt, erscheint für die Behandlung des Vorleistungspflichtigen jedoch nicht bedeutsam; diesen Formen der Gläubigerprivilegierung ist deshalb im Rahmen der weiteren Überlegungen nicht mehr nachzugehen.

4. Resümee und Kontrollüberlegungen

a. Zwischenergebnisse

1. Das hier ins Spiel gebrachte Kriterium des In-Händen-Haltens mutet in seiner Formulierung womöglich untechnisch an und lässt die gemeinhin erwartete begriffliche Schärfe vermissen. Allerdings zeigt die Analyse zentraler insolvenzrechtlicher Mechanismen, dass es sich dabei um ein Bauprinzip handelt, das das **Insolvenzrecht allgemein durchzieht** und für die (bevorzugte) Behandlung von Gläubigern relevant ist[1014]. Das Fundament, auf dem dieses Bauprinzip ruht, ist breiter als der – prima vista nahe liegende – Gedanke, Gewahrsame beziehungsweise In-Händen-Halten seien dem sachenrechtlichen Publizitätsakt gleichzusetzen, der ein dingliches Recht des Gläubigers entstehen lässt und ihm so eine insolvenzfeste Position beschert. Die Erfüllungsablehnung bei beidseitig nicht vollständig erfüllten Verträgen (§ 21 IO), die Sicherung durch Aufrechnungslage (§ 19 IO), das Verfolgungsrecht (§ 45 IO) und die Behandlung des Vertragspartners in der Insolvenz des Bestandgebers (§ 24 IO) zeigen, dass die Gewahrsame auch dann eine Zäsur bildet

1013 Zu dieser Prinzipienkollision (Maxime der optimalen Masseverwertung versus Vertragstreue) und ihrer Auflösung eingehend oben 3. Kapitel § 4 A; S 203 ff.

1014 Einen im Kern ähnlichen Befund stellt wohl auch schon *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 143 f auf: Ein typisch erhöhtes Sicherungsbedürfnis sei zusammen mit dem Umstand, dass der Vertragspartner Sachen des Schuldners in seiner Gewahrsame hat, ausreichende Grundlage dafür, eine durch Zurückbehaltungsrechte oder gesetzliche Pfandrechte verwirklichte Sicherung zuzulassen.

und über die Behandlung von Gläubigern in der Insolvenz entscheidet, wenn dadurch kein dingliches Recht begründet wird. Privilegiert das Insolvenzrecht einen Gläubiger aufgrund seiner Gewahrsame, so passiert das keineswegs nur in Gestalt eines dinglichen Rechts; ebenso wenig sind die dem Gläubiger gewährten Vorteile inhaltlich deckungsgleich mit einer dinglichen Rechtsposition[1015]. Wer ein Regelungsprinzip formulieren möchte, das sämtliche zuvor angeführten insolvenzrechtlichen Mechanismen abbildet, muss dieses Prinzip umfassender konzipieren und auf einer höheren Abstraktionsstufe ansiedeln als die Gläubigerprivilegierung auf Grund dinglicher Sicherungsrechte. Bezieht man alle angesprochenen Konstellationen ein, lässt sich die darin zum Ausdruck kommende Wertung meines Erachtens am ehesten so zusammenfassen: Hält der Gläubiger einen Vermögenswert, den der Schuldner – gleich aus welchem Titel – beanspruchen kann, bei Insolvenzeröffnung faktisch (noch) in seinen Händen, ist der Gläubiger (in diesem Ausmaß) insolvenzfest gesichert[1016]; der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung ist zu Gunsten dieses Gläubigers durchbrochen. Man könnte diese Situation durchaus mit einer Art von Aufrechnungslage in einem weit verstandenen Sinn vergleichen. Vorläufig ist aber noch offen geblieben, ob dieses Bauprinzip ebenso bei unberechtigter Gläubigergewahrsame (etwa infolge Vorleistungspflicht) gilt. Das lässt sich erst beantworten, nachdem man sämtliche Wertungen freigelegt hat, die dem bevorzugten Befriedigungsrecht infolge Gläubigergewahrsame zugrunde liegen.

Daneben koppelt das Insolvenzrecht an die Gläubigergewahrsame vereinzelt noch andere Privilegierungen; sie wirken auf die Intensität der Vertragsbindung zwischen Schuldner und Vertragspartner: In der Bestandgeberinsolvenz erstarkt ab Übergabe des Bestandobjekts die Vertragstreue, die zulasten des Insolvenzverwalters grundsätzlich abgeschwächt ist (§ 24 IO); in der Bestandnehmerinsolvenz kann ein bereits wirksam aufgelöstes Bestandverhältnis wieder aufleben (§ 12c IO).

2. Prägnant und verkürzt formuliert kann man vom **Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame an vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswerten** sprechen. Es lässt sich vorwegnehmen, dass Gläubiger wegen solcher Umstände nicht nur in der Insolvenz, sondern auch außerhalb privilegiert sind (insbesondere im Exekutionsrecht). Daher handelt es sich sogar um einen im Privatrecht ganz **allgemein verankerten Schutzmechanismus**; darauf ist jeweils an geeigneter Stelle näher einzugehen.

1015 So etwa bei den Auswirkungen auf die Intensität der Vertragstreue; dazu unmittelbar zuvor 3. Kapitel § 4 C.I.3; S 244 ff.

1016 Ein sehr ähnlich – wenngleich auf anderer dogmatischer Grundlage – formulierter Gedanke findet sich schon bei *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 109 und 111: Ein Vorleistungspflichtiger bleibe in der Insolvenz seines Gegners weitgehend gesichert, solange er nur nicht tatsächlich übergeben hat beziehungsweise nur nicht aus der Hand gibt.

b. Sonderfall: Insolvenz des Bestandnehmers

1. Bevor sich die Analyse des neu freigelegten Bauprinzips fortsetzen lässt, ist ein Einwand zu behandeln, der sich aufdrängt. In die skizzierte Systematik scheint es sich nämlich nicht recht einzufügen, wie das Insolvenzrecht Bestandverhältnisse in der **Bestandnehmerinsolvenz** behandelt: Der Insolvenzverwalter kann das Bestandverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen oder einer vereinbarten kürzeren Frist kündigen (§ 23 IO). Nach Rechtsprechung[1017] und überwiegender Lehre[1018] ist dieser Auflösungsmodus anzuwenden, sobald die Bestandsache an den Schuldner (Bestandnehmer) übergeben wurde; andernfalls ist eine (ex nunc wirkende) Erfüllungsablehnung nach § 21 IO möglich[1019]. Da der Insolvenzverwalter nach § 23 IO nur unter Einhaltung der (gesetzlichen) Kündigungsfristen kündigen kann, greift er weniger stark in das Bestandverhältnis ein als bei Vertragsbeendigung nach § 21 IO; aus der Warte des Vertragspartners (Bestandgebers) ist die Kündigung nach § 23 IO also das „mildere Mittel", sie sorgt im Vergleich für ein höheres Maß an Bestandschutz[1020]. Oder abstrakt formuliert: Die Übergabe der Bestandsache an den Schuldner (Bestandnehmer) lässt die Vertragstreue, die § 21 IO an sich zu Lasten des Vertragspartners (Bestandgebers) abschwächt (S 200 f), wieder erstarken[1021].Weshalb das Insolvenzrecht (nur) in Vollzug gesetzte Bestandverhältnisse von der allgemeinen Beendigungsmöglichkeit nach § 21 IO ausnimmt, hat das Schrifttum bisher nur wenig thematisiert[1022]; die Frage kann wohl auch hier unbeantwortet bleiben. Wesentlich erscheint bloß, dass bei Bestandnehmerinsolvenz gerade jener Vertragspartner privilegiert ist, der den Vermögenswert aus der Hand gegeben[1023], der ihn also nicht mehr in seiner Gewahrsame hat. Das scheint dem zuvor herausgearbeiteten Grundsatz zu widersprechen, weil hier ein Vertragspartner (Bestandgeber), der die Bestandsache übergeben und nicht mehr in seiner Gewahrsame hat,

---

1017 Explizit OGH 2 Ob 228/01w in SZ 74/190 = wobl 2002, 281/91 mit Anmerkung *Oberhammer* = ZIK 2002, 32/48; RIS-Justiz RS0115880; obiter bereits OGH 8 Ob 319/97i in EvBl 1998/114 = ecolex 1998, 397 mit Anmerkung *Riel* und 8 Ob 345/97m in ZIK 1998, 165.

1018 *Rathauscher*, Bestandrechte 15 ff; *Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 24 ff; siehe auch bereits die ausdrückliche Regelung der §§ 17 f dKO 1877 (dazu *Petersen/Kleinfeller*, KO^3 78 ff). Anders *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 23 KO Rz 3.

1019 *Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 1; *Rathauscher*, Bestandrechte 16 FN 75. Siehe etwa auch *Oetker*, ZZP 14, 1 (19).

1020 *Oberhammer*, wobl 2002, 281 (282).

1021 Dazu eingehend oben 3. Kapitel § 4 A; S 203 ff.

1022 Siehe dazu die eingehenden Überlegungen bei *Rathauscher*, Bestandrechte 10 ff mit weiteren Hinweisen zum Meinungsstand.

1023 OGH 2 Ob 228/01w in SZ 74/190 = wobl 2002, 281/91 mit Anmerkung *Oberhammer*; RIS-Justiz RS0115880.

besser behandelt wird (erhöhter Bestandschutz) als jener, der dies (noch) nicht getan hat.

2. Um diesen scheinbaren **Wertungswiderspruch aufzulösen**, kommt zunächst in Betracht, auf die besondere Interessenlage im Bestandverhältnis zu verweisen, die ausweislich der Gesetzesmaterialien[1024] bestand: Bestandverträge konnte man (seinerzeit) nur zu gesetzlich festgelegten „festen [Kündigungs-]Terminen" beenden und auch in Vollzug setzen. Der Gesetzgeber wollte vermeiden, dass der Bestandvertrag infolge einer auf das allgemeine Recht der Erfüllungsablehnung (§ 15 dKO 1877; entspricht § 21 IO) gestützten Auflösung „mitten in der Zeit gebrochen" wird und es dadurch zu Leerstehungen kommt[1025]. Als Begründung dafür, dass man Bestandverträge nur durch Kündigung beenden kann, führt man ferner ins Treffen, andernfalls (bei ex nunc wirkendem Rücktritt nach § 21 IO) bestünde für den Bestandgeber die Gefahr, dass das ihm für die Zeit zwischen Insolvenzeröffnung und Rückstellung der Bestandsache zustehende Benützungsentgelt geringer ausfalle als der vereinbarte Bestandzins[1026]; dem trage das Insolvenzrecht Rechnung, indem es die Beendigung von Bestandverhältnissen nur unter Einhaltung der festgelegten Fristen und Termine gestattet.

Wesentlich erscheint meines Erachtens aber vor allem, dass die Beendigungsmöglichkeiten bei Bestandnehmerinsolvenz nur auf der Ebene der Vertragstreue Sonderregeln mit sich bringen, die vom zuvor entwickelten Modell der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame abweichen. Hier interessiert aber lediglich, ob der Gläubiger bevorzugte Befriedigung erhält, ob also die Gläubigergleichbehandlung zu seinen Gunsten durchbrochen ist.

1024 *Motive* KO 76 = *Hahn*, Materialien 94.

1025 Siehe dazu die anschauliche historische Darstellung bei *Rathauscher*, Bestandrechte 18 mit weiteren Hinweisen. Will man dies als Begründung gelten lassen, ist wohl noch ein weiterer Aspekt einzubeziehen: Bedeutsam wäre dann überdies die (damalige) Vorstellung, dass man erst die Übergabe als Beginn einer von Dauer geprägten Rechtsbeziehung ansah, sodass deren volle Wirkungen – vergleichbar den ebenfalls auf Dauer angelegten Realverträgen Verwahrung, Leihe, Darlehen, Pfandvertrag – erst mit dem Vollzug eintreten sollten (*Migsch*, FS Welser 711 [724 mit weiteren Hinweisen]). Andernfalls wäre nicht zu erklären, weshalb die Kündigungsfristen und -termine nur bei bereits in Vollzug gesetzten Bestandverhältnisses einzuhalten sind, denn Nachteile wegen Leerstehungen drohen dem Bestandgeber unabhängig davon, ob er die Bestandsache bereits übergeben hat.

1026 *Jaeger/Henckel*, KO[9] § 19 Rz 17; diesen folgend *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 23 KO Rz 1, und *Schanda*, ZIK 1996, 11 (11 ff). Mit einem abweichenden Erklärungsansatz *Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 3 ff und *Jacoby* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO[2] § 109 Rz 9 (vor Überlassung zählt das Mietobjekt noch nicht zu den Sachen, die im Unternehmen genutzt werden).

3. Dass das Insolvenzrecht den Bestandgeber in der Bestandnehmerinsolvenz nicht nach § 21 IO behandelt und dass es demnach das Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame hier nicht umsetzt, lässt sich somit mit Besonderheiten des Bestandverhältnisses begründen. Die besondere Regelung der Bestandnehmerinsolvenz stellt damit die grundsätzliche Geltung der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame nicht infrage.

II. Erster Erklärungsansatz: Schutz für überindividuelles Vertrauen auf Zugehörigkeit zum Haftungsfonds

1. Publizität der dinglichen Sicherungsrechte und überindividuelles Vertrauen

1. Entscheidend ist nun, welche Konsequenzen aus dem Grundsatz der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame für die hier interessierende Konstellation folgen: Wie ist der vorleistungspflichtige Vertragspartner in der Insolvenz zu behandeln? Ob auch hier Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame eingreift, kann man nur beantworten, wenn Klarheit darüber herrscht, worin die **innere Rechtfertigung** für diesen Grundsatz liegt. Welche ratio liegt dem Insolvenzrecht zugrunde, wenn es innerhalb der Insolvenzgläubiger anhand der Zäsur der Gewahrsamsübertragung differenziert? Dazu empfiehlt es sich, die eingangs (S 238) vorgeschlagene Erweiterung des Gewahrsamsbegriffs vorerst wieder beiseitezulassen, unkörperliche Vermögenswerte aus der Betrachtung also wieder auszublenden. Die Überlegungen sollen sich auf die typische Situation des In-Händen-Haltens beschränken: auf Besitz beziehungsweise Gewahrsame an körperlichen Sachen. Ausgangspunkt der Überlegungen ist die allgemein verbreitete Anschauung, der **Besitz** an einer Sache deute darauf hin, dem Besitzer stehe das fragliche Recht an der Sache wirklich zu[1027]; der Besitz schafft demnach einen gewis-

1027 *Heck*, Sachenrecht 129; *Wiegand*, JuS 1978, 145 (147); *derselbe*, JuS 1974, 201 (206 f); diesem folgend *Karner*, JBl 2004, 486 (487), und *derselbe*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 198 f. Dies folgt insbesondere aus § 323 ABGB (bzw § 1006 BGB), wonach der Besitzer die rechtliche Vermutung eines Titels für sich hat (*Karner*, JBl 2004, 486 [488]; *derselbe*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 203; *Medicus*, JURA 2001, 294 [294]). *Windscheid*, Pandekten[6] I 487 f FN 5, spricht vom Besitz als dem „thatsächlichen Abbild des Eigenthums“. Für *Wilhelm*, Sachenrecht[7] Rz 452, gehört der Besitz, mag er auch kein Sachenrecht sein, an die Spitze der Darstellung der absoluten Rechte, weil er ein Faktum in Hinsicht auf die Sachzuordnung sei.

sen, wenn auch schwachen[1028] **Vertrauenstatbestand**[1029] mit Blick auf die **Rechtszuständigkeit**[1030] an einem Vermögenswert. Vertraut der Verkehr darauf, dass eine Sache zum Vermögen eines Schuldners und damit zu dessen **Haftungsfonds** gehört, soll sein Vertrauen möglichst nicht enttäuscht werden; deswegen fordert das **Faustpfandprinzip** – so das klassische Verständnis[1031] – für die wirksame Begründung dinglicher und somit insolvenzfes-

1028 So wird vielfach darauf hingewiesen, Besitz als tatsächliche Sachherrschaft könne man keineswegs als Spiegelbild irgendeines bestimmten Rechtes werten, zumal Besitz kein Recht voraussetze; er trage insofern einen neutralen Charakter, sodass aus dem Besitz als solchem höchstens die allgemeine Vermutung entstehen könne, der Besitzer sei aus irgendeinem Grunde zum Besitz berechtigt; die sogenannte *Erscheinungstheorie* (*Heck*, Sachenrecht 487, 498), nach der Eigentum im Besitz erscheine, was nach der allgemeinen Lebenserfahrung die Regel bilden soll, sei daher abzulehnen (*Lübtow*, FS 41. DJT 119 [119 ff]; zustimmend *Baier*, RZ 1971, 128). Kritisch – mit unterschiedlicher Akzentuierung – ferner *Canaris*, Vertrauenshaftung 484; *Hager*, Verkehrsschutz 240 ff; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht[10] 23 und 250; *Wieling*, Sachenrecht[2] § 1.II.4.d (S 24); *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 52 Rz 1; *Behr*, Wertverfolgung 537 f und 444; *M. Bauer*, FS Bosch 1 (5 ff und 17 ff); *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 9; *Schwind* in Schwind, Europarecht 61 (62 f); *Karner*, JBl 2004, 486 (488 f bei FN 18); *derselbe*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 173 und 203; *Spitzer*, JBl 2014, 556, (558 f); *Hedinger*, Publizitätsdenken 46 ff; diesem folgend *Migsch*, FS Welser 711 (730) je mit weiteren Hinweisen. Pointiert etwa *Frotz*, FS Kastner 131 (154), der die „Indizwirkung der Innehabung“ mit einer „Erinnerung an frühere dörfliche Idyllen“ verbindet, sowie *Wilburg*, JBl 1949, 29 (30), der empfiehlt, „sich nicht auf das zu verlassen, was man äußerlich als Vermögen des Schuldners ansieht“. Siehe ferner etwa *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 31, 111; *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 1/7; *Kaller*, Sicherungszession 13; *Koch*, FS Koziol 197 (210); *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1371 und 1373); *Schoneweg*, Eigentumsvorbehalt 194; *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 1063; *derselbe*, System und Prinzipien 318, wo darauf hingewiesen wird, dass der Publizitätsgrundsatz im Sachenrecht zu relativieren ist. Abstrahierend betrachtet ist die abgeschwächte Wirkung des Besitzes als Vertrauenstatbestand wohl insbesondere damit zu begründen, dass es sich beim Besitz – wie es *Canaris*, Vertrauenshaftung 484 und 494 FN 9 formuliert – lediglich um einen gesetzlich typisierten, nicht aber einen „unmittelbar hergestellten“ Scheintatbestand handelt; es erscheint damit weit weniger gerechtfertigt, Rechtsfolgen zum Schutz des Vertrauens daran zu knüpfen.

1029 *Wellspacher*, Vertrauen 1 f; *Wilhelm*, Sachenrecht[7] Rz 36; *Medicus*, JURA 2001, 294 (294: Besitz als Rechtsscheinträger). Explizit anders aber *Hedinger*, Publizitätsdenken 50 ff, insbesondere 54.

1030 Der Begriff der Rechtszuständigkeit eignet sich, um die Zuordnung generell jeder Art von Vermögenswerten (sowohl absolut geschützter als auch rein obligatorischer) zu einem Haftungsfonds einheitlich zu umschreiben (siehe etwa *Koziol*, Beeinträchtigung 140; *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 137 FN 99 je mit weiteren Hinweisen).

1031 Eben dieser Zweck leuchtet schon aus dem Gesetzeswortlaut selbst hervor: Ist körperliche Übergabe nicht möglich, sind solche Zeichen zu verwenden, „woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann“ (§ 452 ABGB). Siehe ferner *Zeiller*, Commentar II 256: „Die bewegliche Sache muß übergeben werden, damit jedermann

ter[1032] (§ 48 IO) Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus einer beweglichen Sache, dass der Eigentümer einer Sache, seine Gewahrsame daran aufgibt[1033], wenn er sie als Sicherheit bestellt und sie daher nicht mehr Teil seines allgemein verfügbaren Haftungsfonds ist. Damit wird die **Publizität des Sicherungsrechts** hergestellt, was man gemeinhin als Zweck des Faustpfand-

auf die Einschränkung des Eigentums aufmerksam und gewarnet werde". Diesem im Grundsatz (siehe aber unten S 259 f mit Nachweisen) folgend *Demelius*, Pfandrecht 155; ferner *Spielbüchler*, ÖBA 1998, 216 (220); *Drobnig*, Reform der Mobiliarsicherheiten 35; *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 10/4; *Bonomi*, Eigentumsvorbehalt 103; *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 327 (28); *Böhler*, Verpfändung von Sparbüchern 5; *Vranes*, JBl 1996, 763 (764); *Sailer*, ÖBA 2001, 211 (221); *Spitzer*, ÖBA 2005, 885 (887); *Aigner*, ÖJZ 2016, 293 (294); *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1371 f), und *Wolkerstorfer*, JBl 2011, 225 (225 f), jeweils im Zusammenhang mit der Sicherungszession; OGH 1 Ob 105/75 in SZ 48/75 = JBl 1976, 641 = EvBl 1976/62. Anschaulich auch die Materialien zur deutschen Konkursordnung 1877 (*Motive* KO 189 = *Hahn*, Materialien 185 f) im Zusammenhang mit der Anerkennung von Absonderungsrechten: „Damit Gläubiger in der Beurteilung der Vermögenslage ihres Schuldners nicht ungebührlich getäuscht werden, muß jedermann erkennbar sein, daß der Sicherungsgegenstand dem allgemeinen Kreise des Vermögens und der allgemeinen Bestimmung, der Befriedigung aller persönlichen Verbindlichkeiten zu dienen, entzogen ist." In diesem Sinne ferner *Dernburg*, Preußisches Privatrecht[5] I 904 f; *Löwenstein*, Abzahlungsgeschäfte 17. Zu weiteren denkbaren Zweckbestimmungen des Faustpfandprinzips, die jedoch nur vereinzelt explizit angeführt werden und im gegebenen Zusammenhang nicht weiter bedeutsam erscheinen: *Migsch*, FS Welser 711 (730 ff mit weiteren Hinweisen); *Eicher*, Mobiliarsicherheiten 119 (Bestandskraft des Pfandrechts durch Stabilisierung der sachenrechtlichen Verhältnisse; dagegen aber überzeugend *Kaller*, Sicherungszession 25); *Vollmaier*, JBl 2005, 545 (555: Übereilungsschutz bei der Drittpfandbestellung); *Kaller*, Sicherungszession 24 f (Schutz ungesicherter Gläubiger vor Aushöhlung der Masse).

1032 Bemerkenswert ist, dass die historischen Wurzeln des heutigen Faustpfandprinzips unmittelbar im Insolvenzrecht zu finden sind, nämlich in der Preußischen Hypothec- und Concurs-Ordnung aus 1722 (dazu siehe *Johow*, Begründung 1453; *Hromadka*, ZSR 111, 117 [131 f]; *Migsch*, FS Welser 711 [718]; und *Wieling*, Sachenrecht[2] § 15 I.1.c [S 693] je mit weiteren Hinweisen). In diesem Sinne betonen auch die Materialien zum BGB (*Motive* BGB III 800), das Faustpfandprinzip bedürfe keiner besonderen Begründung, weil es seit Erlass der deutschen Konkursordnung 1877 überall in Geltung stehe. Demnach hat das im Faustpfandprinzip aufgestellte Erfordernis der Gewahrsamseinräumung in erster Linie eine Situation vor Augen, in der der Schuldner zahlungsunfähig ist; daher müssen die Konsequenzen der davon abhängigen wirksamen Pfandrechtsbegründung insbesondere für den Insolvenzfall legitimiert sein. Es bedarf also einer Rechtfertigung, weshalb beim Faustpfand die Gläubigergleichbehandlung durchbrochen werden darf. Darauf wird noch näher einzugehen sein (unten S 258 ff).

1033 Das Sicherungsobjekt muss nicht unbedingt vom Gläubiger selbst, sondern kann auch von einem Dritten (Pfandhalter) „in Verwahrung" genommen werden (*Koch* in KBB, ABGB[7] § 451 Rz 3; *Oberhammer/Domej* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.03] §§ 451, 452 Rz 10; *Widhalm-Budak* in KLS, IO[2] § 48 Rz 126; OGH 1 Ob 897/54 in SZ 28/6; 3 Ob 45/94 in SZ 67/78).

prinzips[1034] betrachtet; sie sei Voraussetzung eines funktionierenden Kreditwesens[1035]. Nur unter solchen rechtlichen Rahmenbedingungen könnten sich potentielle (ungesicherte) Gläubiger einen zuverlässigen Überblick über die Haftungslage eines Schuldners verschaffen und entscheiden, ob das Kredit- und Insolvenzrisiko noch tragbar ist[1036]. Fehlen Vermögenswerte in der Gewahrsame des Schuldners, sei daraus zu folgern, dass sie wirtschaftlich nicht zu seinem Haftungsfonds gehören (*negative Publizität*); umgekehrt erlaube es die Gewahrsame des Schuldners darauf zu schließen, dass die Vermögenswerte pfandfrei sind[1037]. Der Verkehr sei diesbezüglich besonders schutzbedürftig, was nach einer Rechtslage verlange, die eine denkbare – bei Vermögensverschlechterung und Kreditbedarf überdies auch besonders wahrscheinliche[1038] – Täuschung von Vertragspartnern des Schuldners mög-

1034 So etwa *Wellspacher*, GZ 1918, 49 (52 f); *Wolff/Raiser*, Sachenrecht[10] 669; *Eicher*, Mobiliarpfandrecht 117; *Schauer*, Register für Mobiliarsicherheiten 1 (6 f); *Wolkerstorfer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB[3] § 451 Rz 3; *derselbe*, RdW 2014, 507 (508). Zwar mahnt *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 26 f und 30, ein, Faustpfandprinzip und Publizitätsprinzip scharf zu trennen; damit dürfte er jedoch nur meinen, dass das, was im österreichischen Rechtsbereich gewöhnlich als Faustpfandprinzip bezeichnet wird, allein auf Publizitätserfordernisse zurückzuführen ist; in diesem Sinne auch *Schwind* in Schwind, Europarecht 61 (62 ff); *Koziol* in Wiegand, Mobiliarsicherheiten 19 (21); *Spitzer*, JBl 2014, 556 (557 f).

1035 *Canaris*, FS Flume 371 (419), diesem beipflichtend *Spitzer*, JBl 2014, 556 (559). Trotz vergleichbarer Rechtslage (§ 1205 Abs 1 BGB) sieht die herrschende Auffassung in **Deutschland** bekanntlich keinen Bedarf, das Faustpfandprinzip analog anzuwenden und daraus ein allgemeines Wirksamkeitserfordernis für insolvenzfeste Sicherungsrechte an beweglichen Sachen abzuleiten. Siehe etwa Protokolle 3687 ff; *Heck*, Sachenrecht 107 f; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht[10] 734; zur Entwicklung eingehend *Brinkmann*, Kreditsicherheiten 106 ff. Begründet wird diese Ansicht zumeist mit der Abstraktheit des Verfügungsgeschäfts (siehe etwa *Bülow*, Kreditsicherheiten[10] Rz 1196), bisweilen auch mit Gewohnheitsrecht (*Heck*, aaO, und *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 57 Rz 1 [S 785]; ablehnend *Oechsler* in MünchKomm-BGB[9] Anh § 929–936 Rz 3 mit weiteren Nachweisen). Generell kritisch zur Irrelevanz des Faustpfanderfordernisses *Wellspacher*, GZ 1918, 49 (51 f); *Dorndorf/Frank*, ZIP 1985, 65 (68); *Henckel*, FS Zeuner 193 (196); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre[3] 233 ff; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte[2] 522 („Sündenfall"); *Wiegand*, Sachenrecht[2] § 18 II.1.b (S 826 f); *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 460; *Koziol* in Wiegand, Mobiliarsicherheiten 19 (27 f); *derselbe*, AcP 212, 1 (28 ff). Das deutsche Modell publizitätsloser Sicherungsrechte ist in Europa kaum anderswo anzutreffen (*von Wilmowsky*, Kreditsicherungsrecht 153). In der **Schweiz** ist die Geltung des Faustpfanderfordernisses für die Sicherungsübereignung explizit festgeschrieben (Art 717 ZGB).

1036 Statt vieler siehe nur *Henckel*, FS Weber 237 (248); *Hedinger*, Publizitätsdenken 63; *Eicher*, Mobiliarpfandrecht 117 f. In diesem Sinne etwa auch schon die Materialien zur deutschen Konkursordnung 1877 (*Motive* KO 90 bzw 253 = *Hahn*, Materialien 105 bzw 238).

1037 *Hromadka*, ZSR 111, 117 (120 mit weiteren Hinweisen).

1038 *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 459 f; *derselbe*, System und Prinzi-

lichst hintanhalte[1039]. Vertrauen auf den nach außen wahrnehmbaren Haftungsfonds und der daran knüpfende Verkehrsschutz sind aber nicht nur berührt, wenn dingliche Sicherungsrechte begründet werden. Wie schon erwähnt[1040] durchzieht dieses Regelungsprinzip das Insolvenzrecht daher ganz allgemein, also auch abseits dinglicher Sicherungsrechte[1041].

Dass der Schuldner/Sicherheitenbesteller die Gewahrsame an der Sache aufgeben muss, schützt zudem **potentielle weitere Sicherungsnehmer** und Erwerber: Das verhindert, dass der Schuldner/Sicherheitenbesteller ein bereits bestehendes Sicherungsrecht verschweigt und die Sache veräußert oder ein weiteres Mal verpfändet[1042] (*positive Publizität*)[1043].

2. Demnach soll das Publizitätserfordernis bei Sicherungsrechten also – in doppelter Hinsicht – überindividuelles Vertrauen schützen; in diesem Sinne deutet man die Stoßrichtung des Faustpfandprinzips. Allerdings wird bekanntlich zunehmend in Zweifel gezogen, ob es legitim ist, einen solchen

pien 320; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 30 f, 111 f; *Eicher*, Mobiliarpfandrecht 118 FN 534; *Migsch*, FS Welser 711 (735); *Kaller*, Sicherungszession 14; siehe ferner etwa auch *R. Schmidt*, AcP 134, 1 (2). Vgl aber die Kritik zu diesem Argument der besonderen Wahrscheinlichkeit unten S 308.

1039 *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 459 f; *Eicher* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht² IX Rz 1/23; *Kaller*, Sicherungszession 14; *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1366 f und 1369) je mit weiteren Hinweisen.

1040 Oben S 211 FN 897.

1041 Dabei fällt auf, dass das strenge Publizitäts-/Faustpfanderfordernis durchwegs nur für Sicherungsrechte, nicht aber für Vollrechtsübertragungen aufgestellt wird, die gleichermaßen dazu führen können, dass das Vertrauen von potentiellen Gläubigern auf den verfügbaren Haftungsfonds enttäuscht wird; darauf wird zurückzukommen sein (unten 3. Kapitel § 4 C.IV.4.a; S 307 ff).

1042 *Demelius*, Pfandrecht 156, ordnet die Publizität plastisch als „gesetzliche Präventivmaßregel“ ein, die potentielle Sicherungsnehmer auf eine bereits bestehende Belastung aufmerksam macht und so hilft, „Collisionen von Rechten“ zu vermeiden, also „Fälle möglichst hintanzuhalten, wo die doch immerhin etwas brutale Lösung, welche Schutz des redlichen Erwerbes heißt, zur Anwendung kommt.“ In diesem Sinne auch *Zeiller*, Commentar II 256, 259 („jedermann [soll] auf die Einschränkung des Eigenthümers aufmerksam gemacht und gewarnt“ sein); *Ehrenzweig*, System² I/2, 407; *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 7; *Hromadka*, ZSR 111, 117 (141); *F. Bydlinski*, FS Kaneti 11 (16); *Schauer*, Register für Mobiliarsicherheiten 1 (16 f); *Kaller*, Sicherungszession 24; *Maschke/Schneider* in Konecny, Insolvenzgesetze § 48 IO Rz 125 („Warnfunktion“); *Spitzer*, JBl 2014, 556 (557); ebenso aus dem Blickwinkel der ökonomischen Analyse des Rechts *Duttle*, Ökonomische Analyse 263, und *Dorndorf/Frank*, ZIP 1985, 65 (76). Zur Funktionsweise, mit der dieser Zweck verfolgt wird, näher unten S 264. Siehe ferner *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 26 f, der dies zwar als denkbare Funktion des Faustpfandprinzips im Grundsatz anerkennt, aber davon ausgeht, dass der österreichische Gesetzgeber mit der geforderten Gewahrsamsübertragung allein Publizitätszwecke verfolgt hat.

1043 *Hromadka*, ZSR 111, 117 (120 mit weiteren Hinweisen): Aus dem Besitz der Pfandsache ist positiv auf ein Pfandrecht des Besitzers zu schließen.

Wirkungszusammenhang anzunehmen. Problematisch erscheint vor allem, dass der Besitz – wie erwähnt[1044] – generell nur einen schwachen Vertrauenstatbestand schafft; Besitz und Eigentum fallen heutzutage regelmäßig auseinander, sodass allein der (fehlende) Besitz keine Rückschlüsse darauf zulässt, ob eine Sache einem bestimmten Haftungsfonds angehört und wie daher die Kreditwürdigkeit einzuschätzen ist[1045].

2. Publizität der Sicherheiten infolge Gläubigergewahrsame (Aufrechnungslage/Differenztheorie/Zurückbehaltungsrecht/Verfolgungsrecht)?

1. Das Absonderungsrecht des Faustpfandgläubigers (§ 48 IO) setzt voraus, dass **Gewahrsame an dem der Befriedigung dienenden Vermögenswert** besteht (§ 451 ABGB). Die Parallele zum zuvor herausgearbeiteten Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame ist augenscheinlich. Es liegt deshalb nahe, das „klassische" vertrauensbasierte und publizitätsbezogene Verständnis des Faustpfandprinzips fruchtbar zu machen, wenn man nach der inneren Rechtfertigung für die Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame sucht. Bei einem solchen Anlauf stößt man jedoch auf Hindernisse und Schwierigkeiten. Es sind vor allem die angesprochenen – meines Erachtens nachvollziehbaren – **Vorbehalte** dagegen, dass die **Gewahrsame** an einem Vermögenswert **Indizwirkung** dafür haben soll, ob er Bestandteil eines bestimmten Haftungsfonds ist. Da das klassische Verständnis des Publizitätserfordernisses hier nicht so recht überzeugt, muss man zögern, dieselbe Deutung auf Konstellationen auszudehnen, in denen Gläubiger in anderer Form als durch dingliche Sicherungsrechte privilegiert sind.

2. Doch selbst wenn man diese grundsätzlichen Bedenken beiseitelässt, lässt sich noch ein anderer Einwand ins Treffen führen, der dagegen spricht, sich an das Faustpfandprinzip anzulehnen: In den Konstellationen, die die Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame erfasst, ist der als Basis fungierende **Vertrauenstatbestand** durchwegs noch **schwächer** ausgeprägt

1044 Nachweise oben S 251 bei und in FN 1028.

1045 *Hromadka*, ZSR 111, 117 (150: Drittgläubigerschutz als Scheinfunktion); *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 30 f; *Wiegand* in Wiegand, Mobiliarsicherheiten 75 (129); *Migsch*, FS Welser 711 (715 und 730 ff); *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 48 KO Rz 72; *Baier*, RZ 1971, 127 (130); *Eicher*, Mobiliarpfandrecht 117 FN 528; *Spitzer*, JBl 2014, 556 (558: Neubewertung des Faustpfandprinzips erforderlich). Siehe auch *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 169 mit rechtsvergleichenden Hinweisen. Den Materialien zum BGB (Protokolle III 200 f) ist sogar zu entnehmen, dass es auch der deutsche Gesetzgeber als nicht gerechtfertigt erachtete, ein Vertrauen des Verkehrs zu schützen, das auf dem Besitz des Schuldners gründet: Der Vorschlag, die Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut zu verbieten, wurde mit der Begründung abgetan, Gläubiger seien ganz allgemein nicht befugt, sich darauf zu verlassen, dass im Besitz des Schuldners befindliche Sachen diesem auch gehören.

oder bisweilen sogar **überhaupt nicht** auszumachen. So ist bei Aufrechnungslagen (§§ 19 f IO) und bei Beendigung beidseitig nicht vollständig erfüllter Verträge (§ 21 IO), wenn der Schuldner in Vorlage getreten ist, für den Verkehr gar nicht erkennbar, dass der Vermögenswert, der dem Gläubiger zur bevorzugten Befriedigung dient, dem schuldnerischen Haftungsfonds entzogen beziehungsweise nicht mehr werthaltig ist: Eine Aufrechnung und auf diesem Wege die ungekürzte Befriedigung des Gläubigers aus der Insolvenzmasse scheint nämlich möglich, ohne dass die **Aufrechnungslage** für den Verkehr in irgendeiner Form publik gewesen sein müsste; Anzeichen für die Befriedigungsmöglichkeit nach §§ 19 f IO werden offensichtlich nicht gefordert. Der Verkehr darf also damit rechnen, dass die Forderung des Schuldners gegen den aufrechnungsberechtigten Gläubiger werthaltiger Bestandteil des Haftungsfonds ist. Weitgehend vergleichbar wirkt die Situation, wenn dem Vertragspartner infolge Erfüllungsablehnung bei einem **beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrag** Entschädigungsansprüche zustehen (§ 21 Abs 2 IO) und der Schuldner vorgeleistet hat; auch in diesem Fall befindet sich im Vermögen des Schuldners eine Forderung gegen den Vertragspartner, doch wird diese durch den aufrechenbaren Entschädigungsanspruch des Vertragspartners entwertet (*Differenztheorie*)[1046], ohne dass diese Gefahr für den Verkehr erkennbar sein müsste.

Damit entsteht der Eindruck, dass die geschilderte Gläubigerprivilegierung eingreift, obwohl – anders als bei Forderungsverpfändung (§ 452 in Verbindung mit § 427 ABGB)[1047] und Sicherungszession[1048] gefordert – keine

1046 Die herrschende *Differenztheorie* (dazu oben S 241 f bei und in FN 995) besagt, dass der Insolvenzverwalter für die vom Schuldner bereits erbrachten Leistungen nur dann und insoweit Zahlung verlangen kann, als der Vertragspartner unter Bedachtnahme auf die von beiden Seiten bisher erbrachten Leistungen auf Kosten der Masse bereichert wäre. Dies ist aber nur dann anzunehmen, wenn der Wert der vom Schuldner bereits erbrachten Teilleistungen die Gegenleistungen des anderen Teiles sowie dessen allfällige Schadenersatzansprüche wegen unterbliebener Erfüllung übersteigt (*Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 288 und Rz 324 ff; *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 47; OGH 4 Ob 583/80 in SZ 54/168 mit weiteren Nachweisen; 1 Ob 710/87 in wbl 1988, 203; 4 Ob 541/88 in wbl 1988, 439; 2 Ob 513/94; RIS-Justiz RS0064453). Zur Aufrechnungsmöglichkeit in dieser Situation *Henckel*, FS Lüke 237 (258).

1047 Statt aller *Demelius*, Pfandrecht 264 f; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 228 ff (insbesondere 236 ff); *Hofmann* in Rummel, ABGB³ § 452 Rz 4; *Hinteregger/Pobatschnig* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 452 Rz 9; *Koch* in KBB, ABGB⁷ § 452 Rz 6 f; *Oberhammer/Domej* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^1.03 §§ 451, 452 Rz 21 f je mit weiteren Nachweisen. Ferner *Wolkerstorfer*, JBl 2011, 225 und 288.

1048 Statt aller *Ertl* in Rummel, ABGB³ § 1392 Rz 2; *Neumayr* in KBB, ABGB⁷ § 1392 Rz 7; *Lukas* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^1.02 § 1392 Rz 15 ff; *Heidinger* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1392 Rz 25 ff; *Apathy* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 5/16 ff je mit weiteren Nachweisen. Grundlegend OGH-Gutachten Präs 547/28 in SZ 11/15; zu diesem näher etwa *Apathy*, aaO Rz 5/16. Ferner

entsprechende Publizität gegeben ist, die erkennbar macht, dass die Forderung im schuldnerischen Haftungsfonds nicht mehr werthaltig ist. Allein in **Zurückbehaltungslagen** scheint es, dass die Situation den (aus dem Faustpfandprinzip abgeleiteten) Publizitätserfordernissen gerecht wird: Denn eine Zurückbehaltung ist per se nur denkbar, wenn Fremdgewahrsame am betroffenen Vermögenswert des Schuldners besteht[1049].

3. Jedoch wäre es ein vorschneller Schluss anzunehmen, dass in den beiden eben angesprochenen Anwendungsfällen von Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame keine Publizität besteht, die dem Faustpfandprinzip entspricht. Denn es sollte nicht übersehen werden, dass **Aufrechnungslagen** für den Verkehr gleichermaßen **erkennbar** sind wie die Forderungsverpfändung oder Sicherungszession durch **Drittschuldnerverständigung**: Hier wie dort steht es potentiellen Gläubigern frei, die Werthaltigkeit einer zum Haftungsfonds des Schuldners gehörenden Forderung zu überprüfen, indem sie beim Drittschuldner dazu Auskunft einholen[1050]. Dass die Aufrechnungslage eine separate „Drittschuldnerverständigung" nicht voraussetzt, ergibt sich zwanglos daraus, dass zwischen dem gesicherten (aufrechnungsberechtigten) Gläubiger und dem „Drittschuldner" Personenidentität besteht, sodass dieser auf Grund seines Wissens um die Aufrechnungslage jedenfalls Auskunft geben kann[1051] und – in seinem eigenen Interesse – auch geben wird[1052]. Nichts anderes gilt für Forderungen des Schuldners aus beidseitig nicht vollständig erfüllten Verträgen (§ 21 IO), die ihre Werthaltigkeit dadurch einbüßen, dass der Schuldner in Vorlage getreten ist (*Differenztheorie*): Potentielle Gläubiger können beim Vertragspartner des Schuldners Auskunft über die Vertrags-

---

OGH 3 Ob 522/95 in SZ 68/36; 8 Ob 512/95 in JBl 1996, 251 mit Anmerkung *Apathy.* Kritisch jedoch *Ulrich*, QuHGZ 1969, 5 (12).

1049 Siehe nur *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 134 und 214 f, der explizit betont, dass schon die Zurückbehaltung selbst eine entsprechende Publizität wahrt, sodass kein Grund besteht, hinsichtlich der zurückbehaltenen Sache Dritte besonders zu schützen.

1050 Dass gerade darin die Funktion der Drittschuldnerverständigung liegt, betont schon *Demelius*, Pfandrecht 265. Ferner *Ehrenzweig*, System² I/2, 436; *Spitzer*, ÖBA 2005, 885 (887); *Apathy* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 5/24; *Wolkerstorfer*, JBl 2011, 288 (290).

1051 Siehe etwa nur *Spitzer*, ÖBA 2005, 885 (887 ff); *Wolkerstorfer*, JBl 2011, 288 (290).

1052 Der aufrechnungsberechtigte Gläubiger wird durchaus einen Anreiz haben, richtige Auskunft über die bestehende Aufrechnungslage zu geben: Der Zessionar ist in seinem Vertrauen auf die Richtigkeit der Forderung geschützt, wenn der Zessus diese für richtig erkannt hat (§ 1396 Satz 2 ABGB); das Zessionsrecht statuiert damit eine Auskunftshaftung kraft Rechtsscheins (*Popp*, ÖBA 1999, 865 und 975 [insbesondere 975 ff]; *derselbe*, Schuldanerkenntnis 113 ff; *Apathy* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 5/64; *Spitzer*, ÖBA 2005, 885 [887 mit weiteren Nachweisen]). Eine solche Haftung kraft Rechtsscheins ist meines Erachtens analog anzuwenden, wenn der Gläubiger gegenüber einem potentiellen Neugläubiger über eine bestehende Aufrechnungslage Auskunft gibt.

abwicklung einholen und so ein Bild darüber erhalten, ob die zum Haftungsfonds des Schuldners gehörende Forderung werthaltig ist.

3. Zwischenresümee

Im Ergebnis scheint es, dass das hier zutage geförderte insolvenzrechtliche Bauprinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame dieselben Anforderungen an die Publizität von Sicherungsrechten erfüllt, wie sie das herrschende Verständnis aus dem Faustpfandprinzip ableitet: In den Fallgruppen, die das neue Bauprinzip erfasst (Aufrechnungslage, Differenztheorie, Zurückbehaltungsrecht), ist ein Gläubiger privilegiert, wenn sein **bevorzugtes Befriedigungsrecht für den Verkehr erkennbar** war. Prima vista gewinnt man damit den Eindruck, das Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame erweitert lediglich den Anwendungsbereich des Faustpfandprinzips und ermöglicht es so, noch weitere Fälle der bevorzugten Gläubigerbefriedigung, das heißt solche abseits dinglicher Sicherungsrechte, mit dem Gedanken zu verknüpfen, dass überindividuelles Vertrauen auf den schuldnerischen Haftungsfonds nicht bestehen und nicht enttäuscht werden soll. Die Analyse des hier entwickelten Bauprinzips findet damit aber noch nicht ihr Ende. Es scheint geboten, noch einen weiteren Blickwinkel zu eröffnen. Dem Faustpfandprinzip, dem das österreichische Schrifttum schon wiederholt eine gewisse Gebrechlichkeit attestiert hat, kann man auf diese Weise einen hilfreichen, meines Erachtens sogar notwendigen dogmatischen Krückstock zur Hand geben.

III. Zweiter Erklärungsansatz: Schutz für individuelles Gläubigervertrauen auf die fortbestehende Zugehörigkeit zum Haftungsfonds

1. Ausgangspunkt: Faustpfand als Mittel der Dispositionsentziehung

1. Wer die Gewahrsame an Vermögenswerten als geeigneten Vertrauenstatbestand bezogen auf Rechtszuständigkeit ansieht[1053], kann diesen Ansatz verwenden, um die Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame zu begründen: Wie sich gezeigt hat, besteht in den Konstellationen der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame kein **überindividuelles schutzwürdiges Vertrauen** des Verkehrs darauf, dass bestimmte Vermögenswerte zum Haftungsfonds des Schuldners gehören. Damit sind die Möglichkeiten, die Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame teleologisch zu deuten, jedoch nicht ausgeschöpft. Nicht zuletzt wegen der

1053 Vgl oben S 250 f.

bekannten[1054] Schwächen der publizitätsbezogenen Sichtweise soll versucht werden, ein weiteres Erklärungsmodell für Funktionsweise und Rechtfertigung des neuen Bauprinzips anzubieten. Ausgangspunkt hierbei ist, dass man – wie im sachenrechtlichen Schrifttum bereits dargelegt wurde – generell zwischen einem allseitigen (überindividuellen) und einem infolge rechtsgeschäftlichen Kontakts individualisierten, also in sachlicher und personeller Hinsicht kanalisierten Vertrauenstatbestand unterscheiden muss[1055]. In den Konstellationen, in denen das Insolvenzrecht Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame vorschreibt, erscheint ein solches **individuelles Vertrauen des konkreten Gläubigers**, der einen Vermögenswert in Händen hält, ebenfalls greifbar. Die herrschende Auffassung rückt allein das überindividuelle Vertrauen des Rechtsverkehrs darauf in den Mittelpunkt, dass ein bestimmter Vermögenswert Bestandteil eines bestimmten Haftungsfonds ist. Daneben lässt die Gewahrsame am Vermögenswert aber ein individuelles Vertrauen des jeweiligen Gewahrsamsinhabers entstehen. Dieses individuelle Vertrauen des konkreten Gläubigers vermag die Gebrechen des herrschenden Verständnisses vom Faustpfandprinzip zu mildern und sogar zu heilen.

Will man **Inhalt** und – davon abhängig – **Wirkung** dieses **individuellen Gläubigervertrauens** ausleuchten, empfiehlt es sich abermals, die Analyse mit der gesetzlich geregelten Standardsituation beginnen zu lassen: Anzuknüpfen ist zunächst an jene Überlegungen und Thesen, die man formuliert hat, um den Effekt einer **Faustpfandbestellung** zu deuten. Soweit überblickbar war im Schrifttum zwar noch nicht explizit die Rede davon, dass Faustpfandprinzip und individualisierter Vertrauensschutz zusammenhängen. Allerdings stößt man in Rechtsprechung und Schrifttum durchaus auf handfeste Anhaltspunkte dafür, dass im Kern ein solcher gedanklicher Weg eingeschlagen wird, dass also bei der Suche nach dem Zweck des Faustpfandprinzips nicht (nur) auf einen allseitigen Vertrauenstatbestand Bedacht zu nehmen ist, sondern daneben ebenso individuelles Vertrauen eine Rolle spielt. Wesentlich ist dabei ein schon früh aufgekommener, zwischenzeitig aber wohl in Vergessenheit geratener[1056] Aspekt: Das Faustpfandprinzip dient nicht bloß dazu,

1054 Oben S 251 FN 1028.

1055 *Wiegand*, JuS 1978, 145 (147); *derselbe*, JuS 1974, 201 (206 f); diesem folgend *Karner*, JBl 2004, 486 (487), und *derselbe*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 198 f (jeweils im Zusammenhang mit dem Vertrauen des gutgläubigen Erwerbers auf das Eigentum des nichtberechtigten Veräußerers; dieser Gedanke erscheint auf die Frage der Sicherungsrechte und der Privilegierung von Gläubigern in der Insolvenz ohne weiteres übertragbar, weil er auf der allgemeinen Überlegung der Reichweite und Ausprägung des Vertrauens auf äußere Tatbestände beruht); siehe auch *Einsele*, JZ 1990, 1005 (1006 f).

1056 Minutiös zeichnet dies etwa *Hromadka*, ZSR 111, 117 (135 ff, insbesondere 137 f) nach, der den Auffassungswechsel – meines Erachtens nachvollziehbar – vor allem darauf zurückführt, dass man das Faustpfandprinzip mit dem allgemeinen sachen-

ein Sicherungsrecht für Dritte erkennbar zu machen[1057], sondern soll die Pfandsache zudem der Verfügungsmacht des (Pfand-)Schuldners entziehen, damit er sie nicht zerstören oder sonst den Zugriff des (Pfand-)Gläubigers darauf verhindern kann[1058]. Die damit angesprochene **Dispositionsentziehung**[1059] soll keineswegs nur **faktische** Einwirkungen auf das Pfandobjekt verhindern. Sie will es vor allem **rechtlich** unmöglich machen, dass der Pfandbesteller wirksam zugunsten Dritter verfügt und dadurch das Pfand-

rechtlichen Traditionsprinzip vermengt hat, was eine Verwirrung über die Funktion der Besitzübertragung auslöste.

1057 So explizit *Demelius*, Pfandrecht 157: „[D]as bloße Erkennbarmachen der Verpfändung für dritte Personen […] genügt nicht zu einem gegen Dritte wirksamen Pfandrechtserwerb." Siehe ferner die sogleich unten bei und in FN 1067 f zitierte Rechtsprechung.

1058 *Johow*, Begründung 1458; *Demelius*, Pfandrecht 155 ff (insbesondere 159 FN 10); *Steinlechner*, GrünhutsZ 26, 141 (177 und 195: „Sicherung der Pfanddistraktion"); *Hedinger*, Publizitätsdenken 65; *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 7; *Kaller*, Sicherungszession 27 ff; besonders deutlich für die Schweizer Rechtslage (Faustpfandprinzip nach Art 884 ZGB) *Hromadka*, ZSR 111, 117 (118 mit weiteren Hinweisen). Diese teleologische Stoßrichtung schimmert wohl auch schon bei *Büchel*, Natur des Pfandrechtes 45, durch: Er nimmt an, dass der Besitz des Faustpfandgläubigers „nur zum Behufe der Besitz-Inderdikte" eingeräumt wird. Explizit anders aber *Spielbüchler*, ÖBA 1998, 216 (220), und (für die österreichische Rechtslage) *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 26 (unter meines Erachtens irreführendem Hinweis auf *Demelius*, Pfandrecht 158). Nur auf den ersten Blick mit ähnlicher Zielrichtung *R. Schmidt*, AcP 134, 1 (6 und 31), und *Eicher*, Mobiliarpfandrecht 119: Zwar nehmen beide als Zweck der Gewahrsamsübertragung ebenfalls an, es solle verhindert werden, dass der Schuldner durch faktische oder rechtliche Handlungen die Sicherstellung beeinträchtigt; jedoch sehen diese Autoren damit nicht den Gläubiger geschützt, sondern sprechen davon, dass der Entzug der Sache aus der Verfügungsgewalt des Schuldners eine häufige Änderung der sachenrechtlichen Verhältnisse und auf diesem Wege eine Täuschung des Verkehrs hintanhalten soll. *Eicher* (aaO 195 f) leitet aus dem gesetzlich angeordneten Primat der körperlichen Übergabe (§ 451 ABGB) ab, es sei erforderlich, die Sache der Gewahrsame des Pfandschuldners möglichst weitgehend zu entziehen, Publizität alleine reiche nicht aus (zu diesem Gedanken näher unten S 269 ff); allerdings sieht *Eicher* den Zweck dessen nicht darin, den Pfandgläubiger dadurch vor Verfügungen des Pfandschuldners zu schützen, sondern nimmt an, eine Täuschung des Verkehrs lasse sich nur verhindern, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entsprechend ausgestaltet seien. Beizupflichten ist *Eicher* darin, dass die Dispositionsentziehung – neben der Erkennbarkeit für den Verkehr – eine eigenständige Funktion des Faustpfanderfordernisses bildet; seine Deutung, auch die Dispositionsentziehung diene (nur) dem Schutz des Verkehrs, greift meines Erachtens jedoch zu kurz. Denn die Sicherung des Gläubigers muss geradezu das Grundanliegen des Pfandrechts sein (siehe auch sogleich im Text S 265 bei und in FN 1079). Gegen einen Schutz des Gläubigers als Zweck des Faustpfandprinzips ferner *Schauer*, Register für Mobiliarsicherheiten 1 (16); zu dessen Einwänden S 265 FN 1079; S 269 FN 1093 und S 271 FN 1098.

1059 Dieser Begriff dürfte auf *Demelius*, Pfandrecht 158, zurückgehen.

recht beeinträchtigt[1060]; das sachenrechtliche Traditionsprinzip blockiert wirksame Verfügungen, sobald der Pfandbesteller die Gewahrsame an den Pfandgläubiger übertragen hat. Selbst gutgläubige Dritte können nicht wirksam vom Pfandbesteller erwerben[1061]. Zwar bleibt trotz Gewahrsamsübertragung an der Pfandsache denkbar, dass der Pfandbesteller mittels Besitzanweisung verfügt, doch kann sich dadurch die Rechtsposition des besitzenden Faustpfandgläubigers nicht verschlechtern[1062]; ebenso wenig besteht bei Besitzanweisung die Gefahr, dass ein redlicher Erwerb die Position des Faustpfandgläubigers gefährdet[1063]. Die vom Faustpfandprinzip geforderte Ge-

1060 So auch *Demelius*, Pfandrecht 156 f, der die Wirkungen der Dispositionsentziehung allerdings enger als hier absteckt, weil er lediglich weitere Verpfändungen für blockiert ansieht; dass die Dispositionsentziehung im Gespann mit dem Traditionsprinzip jegliche Arten von Verfügungen zugunsten Dritter verhindert, spricht er nicht an. Siehe ferner *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 7 bei FN 13; *Burgstaller*, Pfandrecht 82; *Eicher*, Mobiliarpfandrecht 119. Möglicherweise klingt ein ähnlicher Gedankengang im Kern bereits bei *Klang* in Klang, ABGB² VI 258, an, der ausführt, dass die Verfügungsberechtigung des Schuldners über die Pfandsache (Warenlager) die für das Pfandrecht wesentliche dingliche Sicherung des Gläubigers aufhebe. Der Gedanke der Dispositionsentziehung ist im Übrigen bereits in anderem Zusammenhang für die Bestimmung einer konkreten Vertrauenssituation fruchtbar gemacht worden: Er war bedeutsam für die Überlegungen zur Bindungswirkung der dinglichen Einigung. Die Bindungswirkung eines Rechtsgeschäfts ist generell damit zu rechtfertigen, dass die Rechtsordnung das Vertrauen schützen will, das beim Empfänger einer Erklärung auf den ihm bei gehöriger Sorgfalt zugänglichen Sinn der Erklärung entsteht; ein solches Vertrauen ist bei Verfügungsgeschäften aber grundsätzlich nur anzunehmen, wenn der Verfügende die Gewahrsame an einer Sache aufgegeben hat, weil er erst danach wegen des Traditionsprinzips nicht mehr wirksam darüber verfügen kann (oben 2. Kapitel § 3 B.III.2.b; S 85 ff).

1061 Das Traditionsprinzip (dazu oben S 19 und 85 f mit weiteren Nachweisen) verlangt auch für den redlichen Mobiliarerwerb einen objektiv tauglichen Übergabeakt; demnach setzt der Rechtserwerb auch hier Besitzverschaffungsmacht voraus (eingehend vor allem *Hager*, Verkehrsschutz 245 ff, und *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 181 f; *Medicus*, JURA 2001, 294 [295] je mit weiteren Nachweisen; siehe auch *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 80 zur redlichkeitszerstörenden Wirkung der Fremdgewahrsame). Insofern hängen Faustpfandprinzip und die Regeln zum Erwerb vom Nichtberechtigten funktionell eng zusammen (*Wellspacher*, Vertrauen 179 ff; *Demelius*, Pfandrecht 156; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 37 ff, 100 f; *Hromadka*, ZSR 111, 117 [140 ff]; *Hedinger*, Publizitätsdenken 49 ff; *Migsch*, FS Welser 711 [727]; siehe auch *Spielbüchler*, ÖBA 1998, 216 [220]).

1062 *Burgstaller*, Pfandrecht 80 ff. Nach herrschender Auffassung muss der Besitzer – hier: der Faustpfandgläubiger – zwar nicht zustimmen, damit die Verfügung wirksam wird (*F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 666; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 2/40), dies jedoch nur wenn und weil seine Rechtsstellung (ohnehin) nicht verschlechtert werden kann (*Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 428 Rz 6; *Mader* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON$^{1.03}$ § 428 Rz 9).

1063 Selbst wenn man mit einem Teil der Lehre in bestimmten Tatbestandsvarianten einen gutgläubigen Erwerb durch Besitzanweisung zulässt (so etwa *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 366 ff, und *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 6/49; generell ablehnend hinge-

wahrsamsübertragung erweist sich so als zuverlässiger Garant für die Dispositionsentziehung an der Pfandsache und somit für die Sicherungskraft des Pfandes[1064]. Blickt man auf die historischen Wurzeln des Faustpfandprinzips[1065], so dürfte darin – also in der Dispositionsentziehung an der Pfandsache – ursprünglich sogar der primäre Zweck des Faustpfandprinzips gesehen worden sein[1066].

Eine im Kern ähnliche Sichtweise schimmert in der österreichischen Rechtsprechung durch. In einer viel besprochenen Entscheidung hatte der **OGH**[1067] zu beurteilen, ob ein Warenlager wirksam sicherungsweise übereignet wurde. Da der Sicherungsgeber Zeichen angebracht hatte, bejahte der OGH zwar, dass das Sicherungsrecht für den Verkehr erkennbar und somit das Publizitätserfordernis erfüllt war[1068]; im Ergebnis lehnte der OGH ein insolvenzfestes Absonderungsrecht dennoch ab, weil der notwendige

gen *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 556, und *Frotz*, FS Kastner 131 [153]), scheitert der Erwerb eines Faustpfandes doch am Redlichkeitserfordernis. Der Dritte (Erwerber) kann nämlich beim Erwerb durch Übergabesurrogat nicht bessergestellt sein als bei körperlicher Übergabe; es ist ihm daher das Wissen der eingesetzten Hilfsperson – hier: des Faustpfandgläubigers – zuzurechnen (*Iro*, Besitzerwerb 233 ff; ihm folgend *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 383 ff). Der Dritte muss daher wissen, dass an der Sache ein Sicherungsrecht des Veräußerers besteht, und kann daher nicht gutgläubig sein. Das Erfordernis der Gewahrsamsübertragung stellt damit auch für den Erwerb durch Besitzanweisung sicher, dass eine Dispositionsentziehung eingreift und die rechtliche Position des Faustpfandgläubigers effektiv vor Beeinträchtigungen geschützt ist.

1064 So nahezu wörtlich etwa *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 7. Mit demselben Befund eingehend *Duttle*, Ökonomische Analyse 194 ff und 239 ff, der dargelegt, dass zwar auch eine vereinbarte Verfügungssperre zugunsten des Sicherungsgebers denselben Effekt herbeiführen kann, sich dabei allerdings erhebliche Nachteile ergeben, insbesondere Kosten, um ihre Einhaltung zu kontrollieren (*monitoring costs*).

1065 Zur Preußischen Hypothec- und Concurs-Ordnung aus 1722 oben S 252 FN 1032.

1066 *Hromadka*, ZSR 111, 117 (131 f). Dies kommt wohl auch in den BGB-Materialien zum Ausdruck (*Johow*, Begründung 1458). *Kaller*, Sicherungszession 19, vermutet in diesem Gedanken ebenfalls den historischen Ursprung, sieht seinen Kern jedoch offensichtlich nicht im Schutz des Faustpfandgläubigers, sondern allein im Schutz des potentiellen Erwerbers; zum Ineinandergreifen der beiden Aspekte siehe sogleich im Text unten S 264.

1067 3 Ob 2442/96f in ÖBA 1998, 216/692 mit kritischer Anmerkung *Spielbüchler* = EvBl 1997/121. Siehe auch schon OGH 3 Ob 135/82 = RIS-Justiz RS0011137: „Soweit irgendmöglich, muss die verpfändete Sache der Zugriffsmacht des Schuldners entzogen werden." *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 34, und *Iro*, RdW 1997, 383 (384), pflichten dieser Rechtsprechung im Ergebnis bei; sie dürften dabei aber gerade nicht die Dispositionsentziehung, die als eigenständiger Regelungszweck neben die Erkennbarkeit tritt, als ausschlaggebend erachten, sondern verlangen lediglich Erkennbarkeit des Sicherungsrechts.

1068 Kritisch zu diesem Punkt der Entscheidungsgründe *Spielbüchler*, ÖBA 1998, 216 (222).

„Entzug des Zugriffs des Sicherungsgebers auf das Warenlager“ nicht sichergestellt war. Gleich gelagerte Aussagen sind in weiteren Judikaten[1069] anzutreffen und stoßen auch im Schrifttum[1070] auf Gehör. Diese Rechtsprechungslinie lässt es für ein wirksames Sicherungsrecht also nicht allein genügen, dass Publizität gegeben ist; vielmehr prüft sie überdies separat, ob Dispositionsentziehung am Sicherungsgut vorliegt[1071].

2. Nachdem der Faustpfandgläubiger die Gewahrsame an der Pfandsache erlangt hat und solange er sie innehat, entsteht bei ihm ein **individuelles Vertrauen, das auf der Dispositionsentziehung gegenüber dem Pfandbesteller basiert**. Der Faustpfandgläubiger kann sich sicher sein, dass der Pfandbesteller weder faktisch (durch Einwirkungen auf die Pfandsache) noch rechtlich (durch Verfügungen zugunsten Dritter die Pfandsache betreffend) in der Lage ist, das Befriedigungs- und Zugriffsrecht des Gläubigers auf den in der Pfandsache liegenden Teil des schuldnerischen Haftungsfonds zu beeinträchtigen. Dieses berechtigte Vertrauen des individuellen Gläubigers ist in der Insolvenz des Pfandbestellers geschützt, indem ihm **eine insolvenzfeste Position** gewährt ist (§ 48 IO; Absonderungsrecht). Außerhalb der Insolvenz kann der Faustpfandgläubiger **exekutive Zugriffe Dritter abwehren**[1072],

1069 Ferner OGH 3 Ob 45/94 in SZ 67/87 = ÖBA 1994, 992/465; darin prüfte der OGH als Voraussetzung für die wirksame Pfandrechtsbegründung neben dem Publizitätserfordernis ebenfalls separat, ob der Pfandgläubiger die Verfügungsmacht erlangt hatte. Siehe auch die Nachweise in FN 1071.

1070 *Kaller*, Sicherungszession 10; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[15] I Rz 1194; *Oberhammer/Domej* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.03] §§ 451, 452 Rz 16.

1071 In dieses Bild fügt sich meines Erachtens nahtlos ein, wenn der OGH auf seine Entscheidung 1 Ob 646/79 in JBl 1980, 435 und 3 Ob 113/84 in JBl 1985, 541 rekurriert. In diesen Judikaten forderte der OGH für die wirksame Sicherungsübereignung eines Warenlagers, dass die Verfügungsmacht über das Warenlager an eine Vertrauensperson des Pfandgläubigers übertragen war. Im Lichte des hier formulierten Standpunkts erscheint dies konsequent, weil auch damit die entscheidende Dispositionsentziehung bewirkt sein kann (in diesem Sinn deutet auch *Eicher*, Mobiliarpfandrecht 184, die Ausführungen des OGH). Konsequent war es daher ebenso, dass es der OGH in der schon zitierten Entscheidung 3 Ob 2442/96f (S 262 FN 1067) nicht genügen ließ, wenn eine Vertrauensperson als Lagerhalter bestellt war, die bloß nachträglich von Entnahmen aus dem Warenlager Kenntnis erlangte. Kritisch dazu *Spielbüchler*, ÖBA 1998, 216 (220 f), der sich – wie erwähnt (oben S 260 FN 1058) – generell dagegen ausspricht, die Sicherung des Gläubigers als Zweck des Faustpfandprinzips anzuerkennen.

1072 Die Pfändung einer beweglichen Sache setzt grundsätzlich zumindest Mitgewahrsame des verpflichteten Schuldners voraus (§ 253 Abs 1 Satz 1 EO; siehe auch die Nachweise unten S 341 FN 1328). Soll eine Sache in Exekution gezogen werden, die sich nicht in der (Mit-)Gewahrsame des verpflichteten Schuldners befindet, sondern bei einem Dritten (hier: beim Faustpfandgläubiger), muss der Dritte zur Herausgabe bereit sein (§ 262 EO). Auch für die Pfändung beim Faustpfandgläubiger ist § 262 EO maßgebend (*Mohr* in Angst/Oberhammer, EO[3] § 258 Rz 1). Verweigert er die Herausgabe, ist damit zwar nicht ausgeschlossen, dass Drittgläubiger exekutiv auf

wodurch sein Vertrauen gleichermaßen geschützt ist. Zudem legitimiert meines Erachtens gerade erst dieses spezifische Vertrauen des Faustpfandgläubigers, dass er als Absonderungsgläubiger bevorzugt behandelt wird. Beiden Aspekten, vor allem der methodischen Notwendigkeit, die Privilegierung des Faustpfandgläubigers zu rechtfertigen, wird sogleich näher nachzugehen sein[1073].

3. Näher besehen greifen die beiden von der Gewahrsamsübertragung ausgelösten Effekte – **Dispositionsentziehung** einerseits und **Erkennbarkeit/Publizität des Sicherungsrechts** andererseits – hinsichtlich Funktion und Wirkung **ineinander**. (Das ist wohl mit ein Grund dafür, dass man die beiden Funktionen heute nicht mehr exakt gegeneinander abgrenzt[1074].) Infolge der Dispositionsentziehung verliert der Schuldner praktisch die Möglichkeit, ohne Mitwirkung des Faustpfandgläubigers über die Pfandsache zu verfügen. Ist für Verfügungen über die Sache die Mitwirkung des Faustpfandgläubigers unentbehrlich, stellt dies sicher, dass Dritte in der Regel von der Belastung Kenntnis erlangen[1075]. Die Gewahrsamsübertragung bewirkt so über den Zwischenschritt der Dispositionsentziehung Publizität und Verkehrsschutz[1076]. Umgekehrt macht es die Erkennbarkeit eines Sicherungsrechts – gleich wie die Dispositionsentziehung – unmöglich, das Befriedigungsrecht des Gläubigers zu beeinträchtigen; denn potentielle Erwerber können Klar-

die Sache greifen, die Exekution auf die Sache muss aber anders, nämlich grundsätzlich (zur Möglichkeit der Klage auf Zustimmung zur Pfändung unten S 342 FN 1332) nach den Regeln der Anspruchsexekution erfolgen (§ 338 EO): Wurde der Leistungs-/Herausgabeanspruch des verpflichteten Schuldners gegen den innehabenden Gläubiger (= Drittschuldner) gepfändet, kann der Verwalter (§ 329 EO) oder der betreibende Drittgläubiger, dem der Anspruch überwiesen wurde (§ 330 Abs 3 EO), vom innehabenden Gläubiger die Leistung/Herausgabe namens des verpflichteten Schuldners verlangen (§ 308 EO). Wird dieser Anspruch geltend gemacht, ist zu klären, ob Einwendungen oder Zurückbehaltungsrechte des innehabenden Gläubigers zurecht bestehen oder nicht. Der so in Anspruch genommene Faustpfandgläubiger kann sein aus dem Pfandrecht erfließendes Recht zum Besitz einwenden (konkret zur Stellung des Faustpfandgläubigers *Burgstaller*, Pfandrecht 71 ff; *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 11/2 und 11/8 ff). Nach § 262 EO erfordert die Pfändung von Vermögenswerten in Fremdgewahrsame also nicht schlechthin, dass der innehabende Gläubiger (= Drittschuldner) zustimmt; vielmehr ist entscheidend, ob der innehabende Gläubiger nach materiellem Recht einen sachlich begründeten Widerspruch gegen seine Leistungs-/Herausgabepflicht erheben kann. Dass § 262 EO Herausgabebereitschaft des Gewahrsamsinhabers verlangt, soll ihn bloß davor schützen, den Vorteil der Beklagtenrolle zu verlieren; näher mit Nachweisen S 343.

1073 Unten 3. Kapitel § 4 C.III.3; insbesondere S 276 ff.

1074 Dieser Eindruck entsteht etwa bei *Kaller*, Sicherungszession 19; dazu schon oben S 262 FN 1066.

1075 Vgl *Hromadka*, ZSR 111, 117 (131).

1076 Zu dieser positiven Publizität vgl oben S 254.

heit über die wahre Rechtslage am Sicherungsobjekt erlangen, was den gutgläubigen Rechtserwerb ausschließt[1077].

2. Schwächen und Ergänzung des klassischen Verständnisses vom Faustpfandprinzip

a. Sicherung des Gläubigers als Zweck des Faustpfandprinzips

Meines Erachtens leuchtet es ein, das Faustpfandprinzip (auch) als ein Instrument zu deuten, das den **Gläubiger durch Dispositionsentziehung sichern** will. Die Gewahrsamsaufgabe ist zentrale Voraussetzung dafür, dass ein insolvenzfestes Sicherungsrecht entsteht. Es drängt sich geradezu auf, die ureigene Zweckbestimmung dieses Erfordernisses darin zu sehen, das Befriedigungsrecht[1078] für den Gläubiger zu schützen und zu erhalten[1079]. Damit ist eine Deutung neu- oder wiedereröffnet, die zumindest gleichrangig – wenn nicht vorrangig – neben dem „klassischen" Verständnis stehen sollte, nach dem das Faustpfandprinzip lediglich dem Verkehrsschutz dient, indem es einen überindividuellen Vertrauenstatbestand beseitigt. Die von der herrschenden Auffassung angenommene Zweckbestimmung des Faustpfandprinzips auf diese Weise zu erweitern, ist meines Erachtens überdies sogar methodisch **notwendig**, wie die folgenden Überlegungen zeigen sollen.

1077 Deutlich in diesem Sinne *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 7; ebenso wohl *Dorndorf/Frank*, ZIP 1985, 65 (79 f). Siehe dazu ferner die Überlegungen zur Drittschuldnerverständigung bei Forderungsverpfändung und Sicherungszession unten 3. Kapitel § 4 C.III.2.e; S 274 ff.

1078 Darunter ist das Recht des Gläubigers zu verstehen, sich aus den der Haftung unterworfenen Vermögensgegenständen zu befriedigen. Näher zur Lehre vom Befriedigungsrecht *Schulz*, AcP 105, 1 (227 f); *Koziol*, Beeinträchtigung 165 ff; *derselbe*, Gläubigeranfechtung 4; *derselbe*, Haftpflichtrecht II[3] Rz A/2/212; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 303; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 27 KO Rz 3; *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 155 f je mit weiteren Hinweisen. Bisweilen wird auch vom Zugriffsrecht gesprochen (*Tuhr*, Allgemeiner Teil 11; *G. Paulus*, AcP 155, 277 [300]).

1079 Deutlich in diesem Sinn etwa *Johow*, Begründung 1458, und *Schwind* in Schwind, Europarecht 61 (63). Zu relativieren ist meines Erachtens die bisweilen formulierte Auffassung, mit der in Abrede gestellt wird, die Sicherung des Gläubigers sei der Zweck des Faustpfandprinzips (*R. Schmidt*, AcP 134,1 [6]; *Spielbüchler*, ÖBA 1998, 216 [220]; *Schauer*, Register für Mobiliarsicherheiten 1 [16]; zu diesem siehe auch unten S 269 FN 1093). Vielmehr ist die Frage nach Bestand und Wirksamkeit eines Sicherungsrechts ein klassischer Fall des Konflikts im Dreiecksverhältnis: Neben den Interessen des Sicherungsgebers und des Verkehrs spielen hier auch die Interessen des Sicherungsnehmers selbst eine Rolle (deutlich *Vranes*, JBl 1996, 763 [764 bei FN 10 mit weiteren Hinweisen]; implizit in diesem Sinne auch *Behr*, Wertverfolgung 537).

b. Schwache und ungewollte Indizwirkung der Besitzverhältnisse

Das neue argumentative Standbein vermag zunächst die oben angesprochene[1080] Schwäche zu kurieren, die von der spärlichen Indizwirkung der Besitzverhältnisse für Haftungsfonds und Kreditwürdigkeit ausgeht; aus diesen Gründen überzeugt es nicht, sich ausschließlich auf den überindividuellen Vertrauensschutz zu berufen, um das Faustpfandprinzip zu deuten. Das klassische Verständnis sieht sich – wie im jüngeren Schrifttum treffend betont wurde – aber noch einem weiteren Einwand ausgesetzt, wenn man den Argumentationsfaden konsequent fortspinnt: Die Rechtsordnung will den Verkehr schützen, indem eine Gewahrsamsänderung erkennbar machen soll, dass ein vorrangiges Sicherungsrecht begründet wird und der Vermögenswert nunmehr einem anderen Haftungsfonds angehört; ein solcher Schutz ist jedoch nur um den Preis zu erreichen, dass gleichzeitig – nämlich durch Gewahrsamsänderung – eine täuschungsgeneigte Situation für Gläubiger des Faustpfandgläubigers entsteht[1081].

Wer neben der Indizwirkung der Besitzverhältnisse am Faustpfand eine weitere **eigenständige**, **von der Publizitätsfunktion losgelöste Stoßrichtung der Gewahrsamsübertragung** anerkennt, entkräftet solche Einwände: Bezweckt das Faustpfandprinzip nämlich (auch), dem Pfandbesteller die Verfügungsmacht über die Pfandsache zu entziehen, kann nicht mehr eingewendet werden, die Gewahrsamsübertragung sei entbehrlich und das Faustpfandprinzip wirke deswegen nicht effizient, weil heutzutage Fehleinschätzungen des Haftungsfonds ohnehin kaum mehr drohen.

c. Zulässigkeit der Verpfändung durch Zeichen

1. Im Schrifttum[1082] hat man wiederholt auf eine weitere (scheinbare) Inkonsequenz der pfandrechtlichen Bestimmungen hingewiesen. Auch sie lässt sich auflösen, sobald man anerkennt, dass Dispositionsentziehung ebenfalls eine Funktion des Faustpfanderfordernisses ist. Nach dem klassischen Verständnis ist nicht recht plausibel, weshalb die geforderte Publizität des Sicherungsrechts bei beweglichen körperlichen Sachen primär gerade durch Gewahrsamsübertragung hergestellt werden muss (§ 451 ABGB), während die **Verwendung von Zeichen** (§ 452 ABGB) **nur subsidiär** zulässig ist, obwohl

1080 Oben S 255.

1081 *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1373), dessen Überlegungen sich noch dahingehend ergänzen lassen, dass Gläubiger des Faustpfandgläubigers insbesondere bei Übersicherung einen unzutreffenden Eindruck über den Umfang von dessen Haftungsfonds gewinnen könnten. Skeptisch zu diesem Argument jedoch *Spitzer*, JBl 2014, 556 (559).

1082 Besonders scharf *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 31 („eine Farce"); zustimmend *Spielbüchler*, ÖBA 1998, 216 (219). Ferner *Migsch*, FS Welser 711 (713); *Schauer*, Register für Mobiliarsicherheiten 1 (6); *Kaller*, Sicherungszession 10. Siehe auch schon *Wellspacher*, Vertrauen 163 f.

sich damit zumindest die gleiche, wenn nicht gar eine aussagekräftigere und verlässlichere[1083] Publizität verwirklichen lässt. Daher hat man dem Faustpfandprinzip bescheinigt, es sei nur halbherzig und widerspruchsvoll im ABGB verwirklicht[1084].

Das gesetzlich vorgeschriebene Primat des Faustpfands gegenüber der Verpfändung durch Zeichen (§ 452 ABGB) lässt sich zwanglos erklären, sieht man die Dispositionsentziehung ebenfalls als (Haupt-)Zweck des Faustpfandprinzips an. Sollen nämlich faktische und rechtliche Verfügungen des Pfandbestellers ausgeschlossen sein, ist dies in der Tat am besten sichergestellt, wenn er die Gewahrsame an der Pfandsache übertragen und aufgeben muss. Dass dem Faustpfand gegenüber der Verpfändung durch Zeichen Vorrang zukommt, lässt sich so konsequent rechtfertigen.

2. Dass die **Verwendung von Zeichen** immerhin **subsidiär zulässig** bleibt, könnte allerdings gleichzeitig als Einwand gegen die hier vertretene These von der Dispositionsentziehung als Zweck des Faustpfandprinzips angeführt werden. Die Verpfändung durch Zeichen entfaltet nämlich dieselben Wirkungen (insolvenzfestes Sicherungsrecht), wenngleich sie keine Dispositionsentziehung bewirkt und der Gläubiger im Anwendungsbereich von § 452 ABGB keineswegs weniger schutzwürdig ist als im Bereich von § 451 ABGB. Man hat daher vorgebracht, Dispositionsentziehung könne nicht Zweck des Faustpfandprinzips sein[1085]. Diesen Bedenken lässt sich meines Erachtens jedoch mit der Überlegung begegnen, dass die gesetzlich vorgesehenen Zeichen (§ 452 in Verbindung mit § 427 ABGB: Urkunden/Werkzeuge/Merkmale) grundsätzlich gleichermaßen als **Instrumente der Dispositionsentziehung** taugen[1086]: (i) **Urkunden** und (ii) **Werkzeuge** zielen nämlich nicht (allein) darauf ab, die Rechtseinräumung erkennbar zu machen, sondern bezwecken

1083 Siehe etwa jüngst *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1376 f).

1084 *Frotz*, FS Demelius 323 (326); zustimmend *Migsch*, FS Welser 711 (716 f).

1085 In diesem Sinne *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 27; *Schauer*, Register für Mobiliarsicherheiten 1 (16).

1086 Derselbe Gedanke dürfte bei *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 34, anklingen, wenn er die Bestellung eines Pfandhalters, dem alle Schlüssel des Warenlagers übergeben werden, eher als reale denn als symbolische Übergabe einstuft; im Ergebnis ebenso *Kaller*, Sicherungszession 10 und 29, wobei sie darin eine Verfügungssperre des Sicherungsgebers annimmt, weil diesem ein dingliches Recht an der Pfandsache zukomme; hierin liegt jedoch wohl ein Zirkelschluss, zumal die Dispositionsentziehung (beziehungsweise Verfügungssperre) nicht auf das dingliche Sicherungsrecht zurückgeführt werden kann, wenn nämlich – wie sogleich im Text darzulegen ist – erst die Dispositionsentziehung die absolute Wirkung des Pfandrechts rechtfertigt. Vgl ferner *Sailer*, ÖBA 2001, 211 (214), und zustimmend *Eicher* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 1/37, die davon ausgehen, dass bei Übergabe aller Schlüssel die Anbringung von Zeichen obsolet ist; darin kommt meines Erachtens ebenfalls zum Ausdruck, dass hier eigentlich keine Verpfändung durch Zeichen, sondern eine Verpfändung durch Gewahrsamsübertragung vorliegt.

ebenso, wenn nicht gar vorrangig, dass der Schuldner die rechtliche und faktische Verfügungsmacht verliert[1087]. (iii) Erfolgt die Übergabe mithilfe der in § 427 ABGB genannten **Merkmale**, zerstört dies die Redlichkeit potentieller Erwerber; das macht wirksame Verfügungen zugunsten (gutgläubiger) Dritter unmöglich und stellt auf diese Weise Dispositionsentziehung her[1088]. Die Übergabe durch Merkmale erreicht meist allerdings bloß eine rechtliche, aber keine faktische Dispositionsentziehung. Es ist daher konsequent und notwendig, dass man dieses Manko – der bereits zitierten Rechtsprechung[1089] folgend – mit zusätzlichen Erfordernissen saniert: Deswegen genügt für die wirksame Sicherungsübereignung eines Warenlagers nicht schon ein Publizitätsakt durch Merkmale, sondern es braucht überdies weitere konkrete Maßnahmen, durch die der Schuldner seine faktische Verfügungsmacht aufgibt. Meines Erachtens muss man die Möglichkeit zur Übergabe/Verpfändung durch Zeichen demnach nicht als Einbruch des Gesetzgebers in die pfandrechtlichen Vorschriften bewerten[1090].

d. Rechtfertigung des Absonderungsrechts

1. Die bisherigen Überlegungen zeigen, dass der wiederbelebte und fortentwickelte Gedanke der Dispositionsentziehung eine dogmatische Stütze für das Faustpfandprinzip bildet, dem man im österreichischen Schrifttum in mehrfacher Hinsicht und zutreffend Gebrechlichkeit diagnostiziert hat. Darüber hinaus bringt es einen weiteren, essentiellen Vorteil mit sich, hat man die Dispositionsentziehung als selbständigen Normzweck anerkannt: Erst wenn man das individuelle Gläubigervertrauen auf Grundlage der Dispositionsentziehung miteinbezieht, lässt sich im Lichte des privatrechtlichen **Prinzips der relativen (zweiseitigen) Rechtfertigung**[1091] rechtfertigen, weshalb

1087 Für **Werkzeuge** ergibt sich dies zwanglos aus dem gesetzlichen Erfordernis, dass „der Übernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen“; vgl in diesem Sinne auch *Klang* in Klang, ABGB² II 320 f, und *Migsch*, FS Welser 711 (713 mit weiteren Hinweisen). Auch die Übergabe durch **Urkunden** erfüllt diesen Zweck, soweit darin der Anspruch des Übergebers gegen einen Dritten auf Herausgabe der Sache oder auf Zahlung verbrieft ist (plastisch *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition 184: „juristische Schlüssel zur Innehabung“ und Analogie zur Eigentumsübertragung durch Übergabe der Werkzeuge). Konsequent ist es im Lichte des hier vertretenen Ansatzes daher, wenn nur solche Fälle unter den Urkundentatbestand des § 427 ABGB subsumiert werden, nicht aber etwa auch Urkunden über das Erwerbsgeschäft des Übergebers (*Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 427 Rz 4; *Mader* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON$^{1.03}$ § 427 Rz 7). Eine derartige Dispositionsentziehung wird meines Erachtens ebenso durch *Drittschuldnerverständigung* bewirkt (dazu unten 3. Kapitel § 4 C.III.2.e; S 274 ff).

1088 Zu dieser Doppelfunktion der Erkennbarkeit der Rechtseinräumung oben S 264.

1089 Nachweise oben S 262 f bei und in FN 1067 f.

1090 So aber *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 8.

1091 Dazu grundlegend *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 92 ff; *derselbe*, AcP 204, 309 (341 ff); *derselbe*, FS Koziol 1355 (1355 ff).

der Faustpfandgläubiger bevorzugt befriedigt wird. Ausgangspunkt ist hierbei, dass mit jeder Zuteilung von Rechten, Vorteilen oder Chancen an ein Rechtssubjekt unmittelbar Pflichten, Lasten oder Risiken für ein anderes Rechtssubjekt verbunden sind; es ist daher erforderlich, nicht nur zu begründen, weshalb bei dem einen Rechtssubjekt eine günstige, beim anderen Rechtssubjekt eine nachteilige Rechtsfolge eintritt, sondern es ist ebenso zu rechtfertigen, warum dies gerade im Verhältnis dieser beiden Rechtssubjekte zueinander erfolgt.

2. Dieselbe Frage stellt sich im hier gegebenen Zusammenhang: Auf der einen Seite ist der Faustpfandgläubiger privilegiert, weil er bevorzugt befriedigt wird; gleichzeitig wird auf der anderen Seite der Befriedigungsfonds der Gläubigergemeinschaft (die Insolvenzmasse) geschmälert, sie erleidet also einen Verlust[1092]. Misst man dem Faustpfandprinzip mit der herrschenden Auffassung allein die Funktion bei, das überindividuelle Vertrauen des Verkehrs auf die Zugehörigkeit des Pfandobjekts zum Haftungsfonds des Schuldners zu beseitigen, lässt sich damit nur eine dieser beiden Konsequenzen begründen: Zwar leuchtet ohne weiteres ein, dass es legitim ist, der **Gläubigergemeinschaft/Insolvenzmasse** den im Pfandobjekt liegenden **Vermögenswert zu entziehen**; denn der Verkehr durfte wegen der fehlenden Gewahrsame des Schuldners nicht darauf vertrauen, dass der betreffende Vermögenswert Teil des schuldnerischen Haftungsfonds ist. Nicht zu erklären ist aus diesem Blickwinkel jedoch, weshalb allein das Fehlen des überindividuellen Vertrauens auf die Zugehörigkeit des Vermögenswerts zum schuldnerischen Haftungsfonds die positive Konsequenz auf Seiten des **Faustpfandgläubigers** bewirkt: Warum wird gerade zu seinen Gunsten die Gläubigergleichbehandlung durchbrochen, indem ihm ein **Absonderungsrecht** gewährt ist (§ 48 IO)[1093]? Nahe liegt das Argument, die Gewahr-

1092 Diese gleichsam januskköpfige Konsequenz der Gläubigerprivilegierung bringen bereits die Materialien zur deutschen Konkursordnung 1877 (*Motive* KO 253 = *Hahn*, Materialien KO 238) deutlich zum Ausdruck: „Jede Bevorzugung des einen Gläubigers enthält eine Rechtskränkung der anderen, die volle Befriedigung des einen geschieht auf Kosten des anderen." Siehe ferner etwa *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO Vor §§ 49–52 Rz 9.

1093 Im Lichte dieser Überlegungen relativiert sich meines Erachtens der Einwand *Schauers* (Register für Mobiliarsicherheiten 1 [16]) gegen den hier (insbesondere oben S 260 bei und in FN 1058) eingenommenen Standpunkt: Nach *Schauer* schützt das Faustpfandprinzip nicht den Gläubiger, zu dessen Gunsten die Sicherheit bestellt wurde, weil dieser durch Erlangung des dinglichen Sicherungsrechts ohnehin geschützt sei. Da das Faustpfanderfordernis Voraussetzung der wirksamen Begründung des dinglichen Sicherungsrechts ist, sollte es damit auch als Voraussetzung der abgesonderten Befriedigung anzusehen sein; bezeichnenderweise sind nämlich die historischen Wurzeln des Faustpfandprinzips unmittelbar im Insolvenzrecht selbst zu finden (oben S 252 FN 1032). Es erhebt sich somit die Frage, weshalb gerade die Einhaltung des

samsübertragung bringe Besitzverschaffungsmacht[1094] des Schuldners zum Ausdruck; sie wiederum begründe ein individuelles Vertrauen des Faustpfandgläubigers darauf, dass die Pfandsache zum schuldnerischen Haftungsfonds gehört. Dies soll es rechtfertigen, dass der Faustpfandgläubiger daraus bevorzugt Befriedigung erlangt. Dabei darf aber nicht verkannt werden, welchen konkreten Inhalt das individuelle Gläubigervertrauen aufweist, das man daraus ableiten möchte: Der Faustpfandgläubiger kann lediglich darauf vertrauen, dass der Vermögenswert im Zeitpunkt der Gewahrsamsübertragung zum schuldnerischen Haftungsfonds gehört; das berechtigt ihn keineswegs zu dem Schluss, das Pfandobjekt sei ihm zur ausschließlichen beziehungsweise vorzugsweisen Befriedigung zugewiesen. Mag der Vermögenswert auch Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds sein, so muss dem Pfandgläubiger doch bewusst sein, dass dieser Haftungsfonds grundsätzlich allen Gläubigern gleichermaßen zur Befriedigung dient; er muss also damit rechnen, dass alle übrigen Gläubiger – vor und nach Insolvenzeröffnung – ebenfalls darauf greifen können. Allein das **individuelle Gläubigervertrauen** darauf, dass ein bestimmter Vermögenswert bei Einräumung des Sicherungsrechts Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds ist, **genügt** bei konsequenter Überlegung **nicht**, um zu rechtfertigen, dass der Faustpfandgläubiger als Absonderungsgläubiger in der Insolvenz bevorzugt befriedigt wird.

Soweit überblickbar hat man bisher noch nicht in dieser Schärfe angesprochen, dass das **herrschende Verständnis zu Funktionsweise und Zweckbestimmung des Faustpfandprinzips** Schwierigkeiten hat, **das daran knüpfende Absonderungsrecht** zu begründen[1095]. Gleichwohl schwingen aber zumindest bisweilen Bedenken (unbewusst) mit, die auf eben diesem methodischen Manko fußen; so haben gewichtige Stimmen der Lehre Zweifel daran angemeldet, ob und wie es überhaupt zu rechtfertigen ist, dass dinglich gesi-

---

Faustpfanderfordernisses es rechtfertigt, einen Gläubiger gegenüber anderen zu bevorzugen (siehe auch unten S 271 FN 1098).

1094 Dazu oben S 261 FN 1061 mit Nachweisen.

1095 Der rechtsvergleichende Blick in den deutschen Rechtsbereich hilft in diesem Zusammenhang nur wenig weiter. Zwar wird auch in **Deutschland** die Frage gestellt, wodurch das Absonderungsrecht und die Ausnahme von der Gläubigergleichbehandlung zu rechtfertigen sind (wenngleich so wie in Österreich nur selten; dazu FN 1096), doch besteht im deutschen Insolvenzrecht kein Bedarf, diese Rechtsfolge unmittelbar mit der Gewahrsamsübertragung am Sicherungsobjekt in Verbindung zu bringen, zumal sie in Deutschland – anders als in Österreich – keine allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzung für dingliche Sicherungsrechte ist (siehe oben S 253 FN 1035 mit Nachweisen). Die Diskussion reduziert sich dementsprechend auf die Frage, ob eine außerhalb der Insolvenz vom Schuldner privatautonom durch dingliche Sicherungsrechte festgelegte Befriedigungsreihenfolge in der Insolvenz fortwirkt (*Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 2.21 ff; *Bauer*, Ungleichbehandlung 86 ff); die Diskussion verspricht daher für die Deutung des österreichischen Rechts, wo die Gewahrsamsübertragung am Sicherungsobjekt gefordert ist, nichts beizutragen.

cherte Gläubiger durch Absonderungsrechte privilegiert sind[1096]. Evident ist nach dem bisher Gesagten, dass es hierfür nicht genügt, wenn man mit dem Faustpfanderfordernis die nachteilige Rechtsfolge erklären kann, nämlich den Entzug des Pfandobjekts aus der Insolvenzmasse; vielmehr muss man mit dem Faustpfandprinzip – wie schon angedeutet[1097] – ebenso die positive Rechtsfolge unmittelbar legitimieren können: Warum ist der Faustpfandgläubiger durch Gewährung eines Absonderungsrechts bevorzugt[1098]?

3. Bezieht man – wie hier vorgeschlagen – auch das infolge Gewahrsamsübertragung beim Faustpfandgläubiger erweckte **spezifische individuelle Vertrauen** mit ein, liefert (erst) dies die erforderliche Begründung dafür, weshalb das Insolvenzrecht den Faustpfandgläubiger privilegiert: Überträgt der Schuldner die Pfandsache in die Gewahrsame des Gläubigers, begibt er sich damit der Möglichkeit, faktisch auf die Sache einzuwirken, und (wegen des sachenrechtlichen Traditionsprinzips) auch der Möglichkeit, rechtlich über sie zu verfügen (*Dispositionsentziehung*). Weil und **solange der Faustpfandgläubiger den als Sicherheit dienenden Vermögenswert in Händen hält**, darf er demnach darauf **vertrauen**, dass der Schuldner **weder faktisch auf ihn einwirken noch rechtlich über ihn verfügen kann**; er kann sich also sicher sein, dass seinem Befriedigungsrecht auf diesen Teil des Haftungsfonds keine Beeinträchtigung droht. Unter diesen Umständen ist sein Vertrauen auf das Befriedigungsrecht nicht nur in der Insolvenz geschützt: Ebenso wenig können Dritte in der Einzelzwangsvollstreckung auf die Pfandsache zugreifen; das ist konsequent, denn außerhalb der Insolvenz schützt die Dispositionsentziehung davor, dass konkurrierende Befriedigungsrechte geltend gemacht werden[1099].

1096 De lege ferenda kritisch – wenngleich aus anderen als den hier dargelegten Überlegungen – *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 (567 f); explizit offenlassend *Koziol*, FS Wesener 267 (268 FN 5).

1097 Oben S 268 f FN 1032.

1098 Nicht zu überzeugen vermag es daher, wenn *Migsch*, FS Welser 711 (733 f), im Zweck der Dispositionsentziehung eine „Bevormundung" des Pfandgläubigers erblickt, zu der kein Anlass bestehe, weil dieser im Rahmen der Privatautonomie das Recht haben sollte, allein darüber zu entscheiden, welches Maß an Sicherung er dem Schuldner abverlange (ähnlich auch *Spielbüchler*, ÖBA 1988, 216 [220] und *Schauer*, Register für Mobiliarsicherheiten 1 [16]). Abgesehen davon, dass sich gegen diesen Gedanken Argumente aus der ökonomischen Analyse des Rechts ins Treffen führen lassen (*Kaller*, Sicherungszession 29 mit weiteren Hinweisen), ist noch Folgendes zu bedenken: Dieser Einwand berücksichtigt meines Erachtens nicht hinreichend, dass die durch das Faustpfandprinzip vorgeschriebene Dispositionsentziehung nicht bloß die faktische Durchsetzbarkeit des Befriedigungsrechts sichern will, sondern dass man erst auf diesem Wege rechtfertigen kann und rechtfertigen muss, weshalb der Faustpfandgläubiger in der Insolvenz als Absonderungsgläubiger privilegiert ist (siehe schon oben und sogleich näher im Text).

1099 Oben S 263 FN 1072.

Der Gläubiger darf demnach **nicht nur** darauf vertrauen, dass die Pfandsache **im Zeitpunkt der Gewahrsamsübertragung** Teil des schuldnerischen Haftungsfonds ist[1100], sondern er kann sich zudem sicher sein, dass sie es – mangels seiner Mitwirkung an Verfügungen des Schuldners – in Zukunft bleiben wird. Abstrahierend formuliert beseitigt das Faustpfand die *ätherische Flüchtigkeit*[1101] des schuldnerischen Haftungsfonds beziehungsweise dessen Eigenschaft als dynamische Größe[1102]. Es stellt sicher, dass der schuldnerische Haftungsfonds punktuell, bezogen auf den konkreten Vermögenswert **Beständigkeit** aufweist und dass daher auch das Befriedigungsrecht in diesem Umfang Bestand haben wird. Darauf kann sich aber eben nur jener Gläubiger verlassen, der den Vermögenswert (die Pfandsache) in seiner Gewahrsame hat; alle übrigen Gläubiger müssen hingegen damit rechnen, dass sich der betreffende Vermögenswert ohne ihre Zustimmung beziehungsweise Mitwirkung aus dem schuldnerischen Haftungsfonds verflüchtigt und dass das Objekt ihres Befriedigungsrechts somit verloren geht[1103] – sei es weil der Schuldner faktisch darauf einwirkt, sei es weil er rechtlich darüber verfügt, oder sei es weil der Faustpfandgläubiger zugunsten gutgläubiger Dritter darüber verfügt.

Anschaulich wird dies, wenn man sich die Konsequenzen anhand einer Standardkonstellation im Detail vor Augen führt: Gläubiger A gewährt dem Schuldner (ungesicherten) Kredit. Zu diesem Zeitpunkt befindet sich ein bestimmter Vermögenswert in Gewahrsame des Schuldners; A darf entspre-

1100 Überzeugend weisen etwa *Dorndorf/Frank*, ZIP 1985, 65 (79) darauf hin, dass sich das an die Gewahrsame knüpfende Vertrauen der Gläubiger nur punktuell auf diesen Zeitpunkt beziehen kann; denn der Umfang der bestellten Sicherungsrechte könne sich nach Kreditgewährung ständig ändern. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Behr*, Wertverfolgung 538, und anschaulich *Schulz*, AcP 105, 1 (231). Auch *Schauer*, Register für Mobiliarsicherheiten 1 (17), erkennt zwar, dass sich der Haftungsfonds nachträglich verändern kann, er sieht im Status quo bei Kreditgewährung aber dennoch eine verlässliche Information, weil das Rückschlüsse auf die Wahrscheinlichkeit der Befriedigung bei Fälligkeit zulasse; eingehend und im Ergebnis ähnlich auch *Kaller*, Sicherungszession 14 ff (insbesondere 18).

1101 *Schulz*, AcP 105, 1 (231); *Koziol*, Gläubigeranfechtung 5 f; *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 139 f.

1102 Dieser anschauliche Begriff drückt plastisch aus, dass der (persönliche) Haftungsfonds und damit auch der Gegenstand des Befriedigungsrechts einer „ständigen Verringerbarkeit durch Verfügungen des Schuldners“ unterworfen ist (*Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 139 mit weiteren Hinweisen). Siehe etwa *Jaeger/Henckel*, KO[9] § 1 Rz 3, und *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 35 Rz 5, die diese Situation dahingehend umschreiben, dass das Zugriffsrecht der Gläubiger grundsätzlich (also außerhalb der Insolvenz) mit den Gebrauchs- und Verfügungsrechten des Eigentümers konkurriert; habe dieser einen Vermögenswert verbraucht oder veräußert, sei dieser damit dem Gläubigerzugriff entzogen.

1103 Zu diesen Konsequenzen auf das Befriedigungsrecht *Schulz*, AcP 105, 1 (229 und 231).

chend dem klassischen Verständnis[1104] darauf vertrauen, dass dieser Vermögenswert – in eben diesem Zeitpunkt (!) – Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds ist. In der Folge verpfändet der Schuldner diesen Vermögenswert an Gläubiger B und entzieht ihn damit dem Haftungsfonds, der für As Befriedigung zur Verfügung steht. Damit, dass sich der für ihn verfügbare Haftungsfonds auf diese Weise verringert, musste Gläubiger A stets rechnen, weil ihm der Schuldner nicht die Gewahrsame übertragen hat; die faktische und rechtliche Möglichkeit, über den Vermögenswert zu disponieren, ist dem Schuldner erhalten geblieben. Da aber der Schuldner den Vermögenswert als Faustpfand in die Gewahrsame von Gläubiger B übertragen hat, kann B sich sicher sein, dass der Schuldner nicht mehr wirksam darüber verfügen wird können; B darf daher – und das ist der entscheidende Punkt! – als einziger darauf vertrauen, dass der Vermögenswert auch in Zukunft Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds sein wird, dass er also sein Befriedigungsrecht daran durchsetzen wird können. Eben dieses Vertrauen von B schützt das Insolvenzrecht, indem es ihm ein Absonderungsrecht gewährt.

Ein solches **Vertrauen auf die fortbestehende Zugehörigkeit zum Haftungsfonds** ist – nota bene! – ausschließlich beim Faustpfandgläubiger, nicht aber bei den übrigen Gläubigern **schutzwürdig**. Erst das spezifische, nur beim Faustpfandgläubiger bestehende, individuelle Vertrauen rechtfertigt es und gebietet es, ihn mit einem Absonderungsrecht gegenüber anderen Gläubigern zu privilegieren, ihm also ein Befriedigungsrecht zu gewähren, das nicht mit Befriedigungsrechten anderer Gläubiger konkurriert, das andere Gläubiger also nicht beeinträchtigen können, indem sie ihre Befriedigungsrechte ausüben[1105]. Hingegen reicht allein das (fehlende) überindividuelle Vertrauen der Gläubigergemeinschaft auf die Zugehörigkeit des Pfandobjekts zum schuldnerischen Haftungsfonds – wie bereits ausgeführt[1106] – nicht aus, um das Absonderungsrecht zu legitimieren.

4. Gegen die eben entwickelte These, das Absonderungsrecht des Faustpfandgläubigers mit der Dispositionsentziehung zu rechtfertigen, könnte man allenfalls einwenden, dass sich diese Grundsätze in der **Verpfändung von verbücherten Liegenschaften und Rechten** nicht widerspiegeln: Um ein insolvenzfestes Sicherungsrecht zu begründen, braucht es dort bekannt-

1104 Vgl oben S 252 f.

1105 Derselbe Gedanke liegt meines Erachtens § 120 IO zugrunde, wonach eine kridamäßige Veräußerung oder freihändige Verwertung durch den Insolvenzverwalter ausgeschlossen ist, solange sich die Pfandsache beim Absonderungsgläubiger befindet (dazu oben S 240): Auch diese Rechtsfolge soll das Befriedigungsrecht des Absonderungsgläubigers, also das Recht, sich aus den der Haftung unterworfenen Vermögenswerten zu befriedigen und über den Zeitpunkt ihrer Verwertung zu entscheiden, möglichst vor Beeinträchtigungen bewahren, solange infolge seiner Gewahrsame eine Dispositionsentziehung vorliegt und daher ein entsprechendes schutzwürdiges Vertrauen gegeben ist.

1106 Oben S 265 ff.

lich (bloß) die Einverleibung der Hypothek im Lastenblatt des jeweiligen Grundbuchskörpers (§ 451 Abs 1 ABGB)[1107]; dass der Gläubiger Besitz oder Gewahrsame erlangt, ist hingegen gerade nicht erforderlich[1108]. Da es somit keine faktische Dispositionsentziehung braucht, könnte man in Zweifel ziehen, ob sie tatsächlich eine Voraussetzung dafür bildet, dem Gläubiger ein bevorzugtes Befriedigungsrecht zu gewähren. Nicht übersehen werden darf allerdings, dass sich Liegenschaften und bücherliche Rechte durch gewisse Besonderheiten auszeichnen: Die Gefahr, dass der Schuldner faktisch auf das Sicherungsobjekt einwirkt und dessen Wert mindert, ist kaum denkbar oder vernachlässigbar[1109]. Meines Erachtens widerspricht es daher nicht der hier entwickelten These, wenn das Gesetz dem Hypothekargläubiger ein Absonderungsrecht gewährt, ohne dass faktische Dispositionsentziehung vorliegen muss.

e. Exkurs: Forderungsverpfändung und Sicherungszession

1. Die hier vorgestellte Deutung des Faustpfandprinzips könnte Anlass geben, infrage zu stellen, ob der **Buchvermerk** ein tauglicher Modus für Forderungsverpfändung und Sicherungszession[1110] sein kann. Von diesem Akt gehen nämlich keine Wirkungen aus, die der vom Faustpfandprinzip geforderten Dispositionsentziehung gerecht werden. Dass das fremde Sicherungsrecht in den Geschäftsbüchern des Schuldners zu erkennen ist, verhindert nicht, dass der Schuldner die Forderung etwa einzieht; dadurch wandelt sich der darin liegende Vermögenswert jedoch zu einem Teil des schuldnerischen Haftungsfonds, über den er frei verfügen kann. Die sogenannte ätherische Flüchtigkeit (oben S 272) kehrt zurück. Der Buchvermerk begründet daher meines Erachtens kein ausreichendes Vertrauen des Gläubigers darauf, dass die verpfändete/zedierte Forderung auch in Zukunft Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds sein wird[1111].

2. Hingegen entspricht die **Drittschuldnerverständigung**[1112] sehr wohl dem gesetzlich verfolgten Zweck der Dispositionsentziehung: Dem verstän-

1107 Statt aller *Klang* in Klang, ABGB^2 II 432; *Iro/Riss*, Sachenrecht^7 Rz 10/7; *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht § 13 GBG Rz 58.

1108 Siehe etwa *F. Bydlinski*, FS Kaneti 11 (12).

1109 *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 11, weist darauf anschaulich hin: Liegenschaften sind geographisch verankert und können daher nicht an einen anderen Ort verbracht werden, um sie dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen; ferner sind unbewegliche Sachen, selbst wenn sich Gebäude darauf befinden, in einem weit geringen Ausmaß zerstörbar als bewegliche Sicherungsobjekte.

1110 Nachweise oben S 256 FN 1047.

1111 Inkonsequent wirkt es daher, wenn *Kaller*, Sicherungszession 29 und 31, zwar die Verfügungssperre als Funktion des Faustpfandprinzips einordnet, im Rahmen der Behandlung der Anforderungen an den Buchvermerk (aaO 97 ff) jedoch nicht mehr darauf zurückkommt.

1112 Nachweise oben S 256 FN 1048.

digten Drittschuldner (Zessus) ist es nicht mehr möglich, ohne Einverständnis des gesicherten Gläubigers schuldbefreiend an den Schuldner (= Pfandbesteller/Sicherungszedent) zu leisten (§ 1396 Satz 1 ABGB analog[1113]). Der Gläubiger darf sich daher sicher sein, dass der der Sicherung dienende Vermögenswert (= die verpfändete/zedierte Forderung) Teil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt; das rechtfertigt es, ihn als Absonderungsgläubiger zu behandeln. Im Einzelnen bedarf es allerdings wohl noch breiter angelegter Überlegungen dazu, wie die Dispositionsentziehung bei Forderungsverpfändung und Sicherungszession zu erreichen ist; sie bleiben einer gesonderten Untersuchung vorbehalten.

f. Fazit

1. Nach dem Gesagten ist es meines Erachtens methodisch geboten und notwendig, das klassische Verständnis zu **Zweckbestimmung und Funktionsweise des Faustpfandprinzips** zu **ergänzen**. Abstrahierend formuliert dient das Faustpfandprinzip gleichermaßen dem Schutz des überindividuellen Vertrauens (durch Publizität des Sicherungsrechts) als auch dem Schutz des individuellen Gläubigers (durch Sicherung seines Befriedigungsrechts im Wege der Dispositionsentziehung). Anders gewendet lässt sich sagen, dass das Faustpfandprinzip **zweierlei Ziele** verfolgt: Zum einen verwirklicht es das **allgemeine sachenrechtliche Publizitätsprinzip** im Bereich der Sicherungsrechte in spezieller Ausprägung und mit besonderer Strenge. Zum anderen will es mithilfe der **Dispositionsentziehung** jene Situation schaffen, die es rechtfertigt, den Pfandgläubiger als Absonderungsgläubiger zu privilegieren. Eine solche Sichtweise erlaubt es, Missverständnisse aufzulösen, die bisweilen in der Abgrenzung von Faustpfandprinzip und Publizitätsprinzip auftreten. Sie beruhen darauf, dass diese beiden Prinzipien miteinander verwechselt oder vermischt werden[1114]; gleichzeitig erschiene es jedoch angesichts der aufgezeigten Mittel-Zweck-Beziehung auch zu streng, diese beiden Prinzipien ganz voneinander trennen zu wollen[1115].

2. Die vorstehenden Überlegungen, die die Doppelfunktion des Faustpfandprinzips und der von ihm vorgeschriebenen Gewahrsamsübertragung zutage gefördert haben, erlauben es auch, zu der Kritik Position zu beziehen, die man – vor allem in jüngerer Zeit – gegenüber dem Faustpfandprinzip vernehmen kann. Wiederholt hat man das zur Gewahrsamsübertragung zwingende Faustpfandprinzip als entbehrliche Voraussetzung von Sicherungsrechten be-

1113 Für die analoge Anwendbarkeit dieser zessionsrechtlichen Bestimmung auf den Fall der Forderungsverpfändung überzeugend *Spitzer*, ÖBA 2005, 885 (887).

1114 Mit diesem treffenden Befund schon *Schwind* in Schwind, Europarecht 61 (61 f mit weiteren Hinweisen).

1115 So etwa *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 26; siehe auch *Koziol* in Wiegand, Mobiliarsicherheiten 19 (21).

zeichnet und im Schrifttum[1116] daher (de lege ferenda) dafür plädiert es abzuschaffen. Solchen rechtspolitischen Begehrlichkeiten muss man ausgehend von den hier angestellten Überlegungen entgegentreten. Wie gezeigt ermöglicht es erst die vom Faustpfandprinzip geforderte Gläubigergewahrsame, die insolvenzfeste Stellung des Pfandgläubigers zu rechtfertigen. Sollen sachen- und insolvenzrechtliche Prinzipien harmonisch zusammenspielen, muss man meines Erachtens am **Faustpfandprinzip festhalten**[1117]; nur so ist die erforderliche Dispositionsentziehung sichergestellt. Zuletzt hat man vermehrt darüber diskutiert, ein Register für Mobiliarsicherheiten einzuführen[1118]. Eine solche Lösung kann die hier zutage geförderte Doppelfunktion der Gewahrsamsübertragung aber nicht vollständig ersetzen; dabei verbleibt die Pfandsache nämlich beim Schuldner, der weiterhin faktisch auf sie einwirken kann[1119].

3. Verallgemeinerungsfähigkeit: Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung

a. Vertrauen auf (fortbestehende) Zugehörigkeit zum schuldnerischen Haftungsfonds abseits des Pfandrechts

1. Wie dargelegt[1120] darf man die Privilegierung des Faustpfandgläubigers in der Insolvenz (§ 48 IO) nicht allein darauf zurückführen, dass die geänderte Gewahrsame den Verkehr das fremde Sicherungsrecht erkennen lässt. Grundlage der Gläubigerprivilegierung ist vielmehr (auch) der Umstand, dass der Gewahrsamsverlust es für den Schuldner unmöglich macht, das Befriedigungsrecht des Gläubigers am betreffenden Vermögenswert faktisch oder

1116 So etwa *G. Graf* in Fischer-Czermak/Hopf/Schauer, ABGB im 3. Jahrtausend 1 (13); *Hinteregger* in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, ABGB 2011, 167 (175: Abschwächung ist notwendig); *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1373 f und 1392); *Oberhammer/Domej* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.03] §§ 451, 452 Rz 4; *N. Hofmann*, ecolex 2005, 607 (607 f); wohl auch *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 27 und 30, und *Schwind* in Schwind, Europarecht 61 (64).

1117 Für eine Ausdehnung des Faustpfandprinzips – jedoch aus anderen, vor allem in der ökonomischen Analyse des Rechts liegenden Überlegungen – plädiert *Schauer*, Register für Mobiliarsicherheiten 1 (17 f).

1118 In jüngerer Zeit vor allem *Schauer*, Register für Mobiliarsicherheiten 1 (insbesondere 11 mit weiteren Hinweisen), *Hinteregger/Pobatschnig* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 451 Rz 9; vgl auch *Hinteregger* in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, ABGB 2011, 167 (171 und 175); ferner schon *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 11 ff; *derselbe*, ÖJZ 1969, 197 (202). Für eine Registrierung auch des Eigentumsvorbehalts *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1389 f).

1119 Dieses Manko eines Registersystems spricht auch *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 13, explizit an, meint aber, eine Versicherung könne diese Gefahr neutralisieren.

1120 Unmittelbar oben 3. Kapitel § 4 C.III.1; S 258 ff und 3. Kapitel § 4 C.III.2; S 265 ff.

rechtlich zu beeinträchtigen (*Dispositionsentziehung*). Hierin wurzelt ein spezifisches Vertrauen des konkreten Gläubigers darauf, dass die Pfandsache in Zukunft Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt; die Rechtsordnung schützt dieses Vertrauen durch ein vorrangiges Befriedigungsrecht. Dass die Gläubigergleichbehandlung zugunsten des Faustpfandgläubigers durchbrochen ist, hängt also (neben dem überindividuellen Vertrauenstatbestand) davon ab, dass in seiner Person individualisiertes Vertrauen vorliegt. Die darin liegende Erkenntnis gibt Anlass, ein konsistentes Erklärungsmodell für die bevorzugte Gläubigerbefriedigung auch in anderen Fallgruppen zu suchen. Ins Auge zu fassen sind die eingangs der Befundaufnahme zugrunde gelegten Situationen[1121], aus deren Zusammenschau das Prinzip der **Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame** deduziert wurde: **Aufrechnungslage, Differenztheorie, Zurückbehaltungslage, Verfolgungsrecht.** Diese Fallgruppen zeichnen sich – wie dargelegt[1122] – durch folgende Gemeinsamkeit aus: Der Verkehr kann wie beim Faustpfand erkennen, dass der für die vorzugsweise Befriedigung zur Verfügung stehende Vermögenswert nicht mehr Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds ist; die **Publizität** entspricht also jener des Faustpfandprinzips. Will man die Gläubigerprivilegierung in diesen Konstellationen rechtfertigen, ist es wiederum unzureichend, sich allein auf das „klassische", zum Faustpfand entwickelte Verständnis zu berufen[1123]: (i) Dass das überindividuelle Vertrauen auf die Zugehörigkeit des Pfandobjekts zum Haftungsfonds des Schuldners zerstört ist, kann nur begründen, dass es legitim ist, der Gläubigergemeinschaft/Insolvenzmasse den im Pfandobjekt liegenden Vermögenswert zu entziehen. Die Privilegierung des Gläubigers rechtfertigt dieser Gedanke nicht. (ii) Ebenso wenig wie beim Faustpfandgläubiger kann allein das Vertrauen des konkreten Gläubigers darauf, dass der Vermögenswert bei Begründung des Sicherungsrechts Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds ist, erklären, weshalb der Gläubiger vom insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ausgenommen ist.

2. Methodisch konsequent lässt sich die bevorzugte Befriedigung des Gläubigers jedoch auch in diesen Fällen der Gläubigerprivilegierung legitimieren, indem man auf den zuvor – zunächst nur im pfandrechtlichen Milieu[1124] – entwickelten Gedanken rekurriert: Entscheidend ist das **individuelle Vertrauen des konkreten Gläubigers**, dass ein bestimmter **Vermögenswert Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds** bleiben wird. Ein solches Vertrauen ist ebenso in den Situationen auszumachen, die vom Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame erfasst sind: (a) in

1121 Oben 3. Kapitel § 4 C.I; S 238 ff.
1122 Oben 3. Kapitel § 4 C.II.2; S 250 ff.
1123 Eingehend zuvor 3. Kapitel § 4 C.III.2.d; S 268 ff.
1124 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.1; S 258 ff und 3. Kapitel § 4 C.III.2; S 265 ff.

Aufrechnungslagen, (b) bei Befriedigung von Schadenersatzansprüchen nach § 21 Abs 1 IO im Rahmen der Differenztheorie (diese Fallgruppe ist im Wesentlichen einer Aufrechnungslage gleichzusetzen[1125] und braucht daher im Folgenden nicht mehr eigens erörtert zu werden), (c) in Zurückbehaltungslagen und (d) beim Verfolgungsrecht. Stets befindet sich ein **Vermögenswert**, den der Schuldner zu fordern berechtigt ist[1126], noch **in den Händen des Gläubigers**; das kann man hier – wie erwähnt[1127] – verkürzt und vereinfachend mit Gläubigergewahrsame umschreiben.

Der Gläubiger kann sich demnach in zwei Punkten sicher sein: (i) Er darf davon ausgehen, dass der (noch) in seiner Gewahrsame befindliche, dem Schuldner zustehende Vermögenswert wirtschaftlich gesehen bereits **Teil des schuldnerischen Haftungsfonds** ist. Wenngleich sich der Vermögenswert noch im Vermögen des Gläubigers befindet und der Schuldner erst durch Leistung des Gläubigers Rechtszuständigkeit daran erwerben wird, kann der Gläubiger diesen Vermögenswert bereits als Teil des schuldnerischen Haftungsfonds betrachten; denn der Gläubiger ist der einzige, der verhindern kann, dass der Vermögenswert in den schuldnerischen Haftungsfonds übergeht, wo alle anderen Gläubiger auf ihn greifen können. (ii) Der innehabende Gläubiger kann in gleicher Weise wie der Faustpfandgläubiger davon ausgehen, dass der Schuldner auf den betreffenden Vermögenswert weder faktisch einwirken noch rechtlich über ihn verfügen kann. Ebenso wenig können andere Gläubiger bei Aufrechnungslage[1128] und Zurückbehaltungsrecht[1129] exekutiv auf diesen Vermögenswert greifen[1130]. Der Gläubiger kann also berechtigterweise ferner damit rechnen, dass dieser Vermögenswert – solange

1125 Dazu oben S 256.

1126 Gleichgültig ist dabei, aus welchem Titel; dazu oben S 240.

1127 Oben S 239.

1128 Wird die (Haupt-)Forderung des Schuldners gepfändet und überwiesen (§§ 294, 303 EO), so kann der aufrechnungsberechtigte Gläubiger (= Drittschuldner) dagegen aufrechnen (siehe auch unten S 334); Voraussetzung ist bloß, dass die Gegenforderung des Drittschuldners (= des innehabenden Gläubigers) entstanden ist, bevor die Hauptforderung des verpflichteten Schuldners gepfändet wurde (siehe nur *Dullinger*, Aufrechnung 71 f; *dieselbe* in Rummel, ABGB[3] § 1440 Rz 24; *Oberhammer* in Angst/Oberhammer, EO[3] § 293 Rz 5; OGH 3 Ob 233/00m in EvBl 2001/60; RIS-Justiz RS0003901).

1129 Eine unmittelbare Pfändung ist nicht möglich (§ 262 EO). Wurde der Herausgabe-/Leistungsanspruch des verpflichteten Schuldners gepfändet, kann der Verwalter (§ 329 EO) oder der betreibende Drittgläubiger, dem der Anspruch überwiesen wurde (§ 330 Abs 3 EO), vom innehabenden Gläubiger die Leistung/Herausgabe namens des verpflichteten Schuldners verlangen (§ 308 EO; siehe auch S 342 f). Im Rahmen der Geltendmachung dieses Anspruchs kann der innehabende Gläubiger jedoch sein Zurückbehaltungsrecht einwenden; siehe nur *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 84 und 100; *Mohr* in Angst/Oberhammer, EO[3] § 262 Rz 3.

1130 Auf die vom Verfolgungsrecht erfasste Sonderkonstellation ist sogleich näher einzugehen; unten 3. Kapitel § 4 C.III.3.d; insbesondere S 289 ff.

er nicht selbst an einer Verfügung des Schuldners mitwirkt – **Teil des schuldnerischen Haftungsfonds bleiben** wird; er darf – mit anderen Worten – darauf vertrauen, dass ihm dieser Vermögenswert als Objekt seines Befriedigungsrechts jedenfalls zur Verfügung steht.

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn man berücksichtigt, dass der Schuldner über den von ihm zu beanspruchenden und noch in Gläubigergewahrsame befindlichen Vermögenswert mittelbar verfügen kann: Zum einen kommt in Betracht, dass der Schuldner seine Forderung gegen den Gläubiger **zediert**; dabei kann dem Gläubiger in seiner Stellung als Leistungspflichtiger gegenüber dem Schuldner jedoch bekanntlich kein Nachteil erwachsen (§ 1394, § 1396 Satz 1 Halbsatz 2 ABGB); als Zessus stehen ihm gegenüber dem Zessionar dieselben Einreden und Aufrechnungsmöglichkeiten zu wie ohne Abtretung[1131]. Besteht eine Aufrechnungslage oder eine Zurückbehaltungslage, lässt eine allfällige Abtretung sein Befriedigungsrecht an dem in der Forderung liegenden Vermögenswert also unberührt (*Sukzessionsschutz*)[1132]. Steht der innehabende Gläubiger hinsichtlich des Vermögenswerts in einem Besitzmittlungsverhältnis zum Schuldner, besteht zum anderen die Möglichkeit, dass der Schuldner über den Vermögenswert durch **Besitzanweisung** zugunsten Dritter verfügt. Hier gilt nichts anderes: Leitet der Gläubiger sein Recht auf bevorzugte Befriedigung aus einem Zurückbehaltungsrecht ab, kann die Verfügung des Schuldners seine Position als innehabender Gläubiger und damit auch sein Befriedigungsrecht nicht beeinträchtigen[1133].

3. Ein solches spezifisches **Vertrauen** des konkreten Gläubigers darauf, dass ein **Vermögenswert Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleiben** wird, ist – wie für das Faustpfand herausgearbeitet[1134] – schutzwürdig. Das **rechtfertigt** es, dem Gläubiger aus dem betreffenden Vermögenswert bevorzugte Befriedigung zu gewähren. Der **Gleichbehandlungsgrundsatz** ist zu seinen Gunsten **durchbrochen**. Aufrechnungsberechtigte (§§ 19 f IO)[1135], Zurückbehaltungsberechtigte (§ 10 Abs 2 IO) und Gläubiger mit Verfolgungsrecht (§ 45 IO) sind deshalb privilegiert. Im Rahmen dieser Untersuchung ist die Frage zentral, ob eine Gläubigerprivilegierung, die auf

1131 Siehe nur *Ertl* in Rummel, ABGB[3] § 1396 Rz 1; *Neumayr* in KBB, ABGB[7] §§ 1395–1396 Rz 4; *Lukas*, Zession 113 ff und 149 ff; *Lukas* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.02] § 1396 Rz 6 und Rz 11; *Bülow*, Kreditsicherheiten[10] Rz 1538 f.

1132 *Gernhuber*, Erfüllung und Surrogate[2] 291; *Koziol*, ÖBA 1988, 1113 (1115).

1133 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 276; siehe auch schon oben S 261 bei und in FN 1062 mit weiteren Nachweisen.

1134 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.2.d; S 268 ff.

1135 Auf diesen Ausnahmecharakter der Aufrechnungsbefugnis im Zusammenhang mit der Gläubigergleichbehandlung hinweisend etwa *Häsemeyer* in Kölner Schrift[3] Kap 15 Rz 12 (S 464); *Windel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 94 Rz 1.

Gläubigergewahrsame beruht, selbst dann eingreift, wenn die Gläubigergewahrsame unberechtigt ist (weil etwa Vorleistungspflicht des innehabenden Gläubigers und kein Zurückbehaltungsrecht besteht). Dieser Kern des Problems ist bereits angeklungen[1136]; darauf wird separat einzugehen sein[1137]. Zuvor soll eine nähere Analyse untermauern, dass die These von der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung verallgemeinerungsfähig ist. Auch die gängigen Stellungnahmen zur insolvenzrechtlichen Wirkungsweise der angesprochenen Institute (Aufrechnungslage, Zurückbehaltungslage, Verfolgungsrecht) harmonieren mit der hier vorgestellten Sichtweise.

b. Aufrechnungslage

1. Zur Aufrechnung ist anerkannt, dass sie in der Insolvenz weniger den Zweck der Tilgung verfolgt, sondern dass ihr vielmehr die Funktion zukommt, den Gläubiger (im Wege der erlaubten Selbsthilfe) zu sichern beziehungsweise zu befriedigen[1138]; und dass sie auf diesem Weg das **Gläubigervertrauen auf eine bestehende Deckung** schützt[1139]. Darin lässt sich jenes maßgebliche Moment wiedererkennen, das zuvor herausgearbeitet wurde: das Gläubigervertrauen auf die fortbestehende Zugehörigkeit eines Vermögenswerts zum schuldnerischen Haftungsfonds. Ferner attestiert man der Aufrechnung regelmäßig, dass ihre Wirkungsweise jener des Faustpfands verwandt ist. Greifbar wird diese Parallele in Aussagen, wonach in der Aufrechnungslage zugunsten des Aufrechnungsberechtigten gleichsam ein Pfandrecht an eigener Schuld entsteht[1140]. Die Stellung des aufrechnungsberechtigten

1136 Oben S 244.

1137 Unten 3. Kapitel § 5 B; S 329 ff.

1138 Statt aller siehe nur *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 19 KO Rz 7; *Henckel*, FS Lüke 237 (240); *Dullinger*, Aufrechnung 307 f; *Dullinger* in Rummel, ABGB[3] § 1438 Rz 1 je mit weiteren Nachweisen. Ferner *Schlüter* in MünchKomm-BGB[9] § 387 Rz 1; *Bötticher*, FS Schima 95 (95 ff); *Windel*, KTS 2000, 215 (222). Zu den unterschiedlichen Theorien über die Funktionen der Aufrechnung anschaulich *Heck*, Schuldrecht 188, und *Windel*, aaO 220 ff.

1139 *Denkschrift* KO 25; *Lehmann*, KO 122; *Bötticher*, FS Schima 95 (95); *Koziol*, ÖBA 1988, 1113 (1115); *Henckel*, FS Lüke 237 (241); *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 19 KO Rz 1; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 19.01; siehe schon *Schrutka-Rechtenstamm*, Compensation 19, sowie die umfangreichen Nachweise bei *Windel*, KTS 2000, 215 (224). Bisweilen wird der Gedanke des Vertrauensschutzes etwas unscharf auch mit dem Billigkeitsgebot beziehungsweise allgemein mit Unvertretbarkeit etikettiert, siehe etwa *Schubert* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 19 KO Rz 3; OGH 5 Ob 318/85 in SZ 58/169 = JBl 1986, 321. Differenzierend zum Vertrauensschutz *Windel*, KTS 2000, 215 (224 f); kritisch zum Rekurs auf Billigkeit *derselbe* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 19 Rz 9 je mit weiteren Hinweisen.

1140 Grundlegend *Weigelin*, Aufrechnung 22 ff und 38 ff; ebenso *Bötticher*, FS Schima 95 (100 und 109 f); *Koziol*, ÖBA 1988, 1113 (1115). Kritisch jedoch *Wilmowsky*, NZG

Gläubigers sei der des Absonderungsgläubigers ähnlich[1141], weil die Gegenforderung für ihn eine Deckung gleich einem Pfand sei, die ihm ermögliche, sich bevorzugt aus einem bestimmten Vermögenswert aus dem schuldnerischen Haftungsfonds[1142] zu befriedigen[1143]. Die dogmatisch-konstruktive Nähe zum Faustpfand ist evident. Vor der Folie der zuvor angestellten Überlegungen[1144] lässt sie sich als handfestes Indiz dafür werten, dass die **Dispositionsentziehung** ebenso in Aufrechnungslagen maßgeblich ist. Endgültig belegt ist die dogmatische Relevanz der Dispositionsentziehung, wenn betont wird, die Aufrechnungslage schließe es aus, dass die übrigen Gläubiger auf den in der Gegenforderung des Schuldners liegenden Vermögenswert greifen können[1145] (woran – wie erwähnt[1146] – auch die Abtretung der Forderung nichts ändert). Und zuletzt bestätigt es die hier entwickelte vertrauensbasierte Deutung der Dispositionsentziehung, dass man einen aufrechnungsberechtigten Gläubiger, der bereits gezahlt, der also den Vermögenswert aus der Hand gegeben hat, als nicht mehr schutzwürdig bezeichnet[1147].

2. Derartige Stellungnahmen zur insolvenzfesten Sicherung durch Aufrechnungslage stützen die hier entwickelten Thesen. Sie lassen erkennen, dass die Dispositionsentziehung und das darauf basierende Vertrauen auf die Bestän-

---

1998, 481 (482 bei FN 7); *Windel*, KTS 2000, 215 (222 f) und *derselbe* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 94 Rz 6.

1141 *Schrutka-Rechtenstamm*, Compensation 16 ff; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 475; *Höhn/Kaufmann*, JuS 2003, 751 (755).

1142 Gemeint ist jener Vermögenswert, der in der (Haupt-)Forderung des Schuldners gegen den aufrechnungsberechtigten Gläubiger liegt; so explizit und treffend *Wilmowsky*, NZG 1998, 481 (484).

1143 *Dullinger*, Aufrechnung 307; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 475; *Schubert* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 19 KO Rz 3; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 19 KO Rz 8; OGH 6 Ob 621/83 in SZ 56/128 = GesRZ 1983, 212; 5 Ob 318/85 in SZ 58/169 = JBl 1986, 321. In diesem Sinn schon *Schrutka-Rechtenstamm*, Compensation 18 und 26; dagegen *Oetker*, Grundbegriffe I 235.

1144 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.1; S 258 ff und 3. Kapitel § 4 C.III.2; S 250 ff.

1145 *Kohler*, ZZP 24, 1 (4 f). In diesem Sinn schon *Schrutka-Rechtenstamm*, Compensation 18, wenn er festhält, den dinglich berechtigten Absonderungsgläubigern und den durch Aufrechnungslage gesicherten Gläubigern sei gemein, dass sie beide gewisse Vermögensstücke der Insolvenzmasse entziehen; der Unterschied liege im Wesentlichen nur darin, dass sich das bevorzugte Befriedigungsrecht der Absonderungsgläubiger auf Vermögenswerte bezieht, die dem Schuldner gehören, während dem Aufrechnungsberechtigten ein Befriedigungsrecht an für den Schuldner fremden Vermögenswerten zukommt. Damit sind Vermögenswerte gemeint, die dem Schuldner (noch) nicht gehören, die er aber vom Gläubiger beanspruchen kann (vgl dazu oben S 240 FN 992). Ähnlich auch *Höhn/Kaufmann*, JuS 2003, 751 (752: Befriedigungsrecht an einem Vermögenswert, der dem Gläubiger nicht mehr ohne weiteres entzogen werden kann).

1146 Unmittelbar oben S 279 bei und in FN 1132.

1147 *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren[3] 614.

digkeit des Haftungsfonds sich ebenso dazu eignen, die bevorzugte Befriedigung des Aufrechnungsberechtigten zu rechtfertigen.

c. Zurückbehaltungslage

1. Hat man die Überlegungen zur **Dispositionsentziehung** im Hinterkopf, die hier anhand des Faustpfandes entwickelt wurden, kann man sich schließlich noch der Zurückbehaltungslage in der Insolvenz zuwenden. Wiederum lässt sich ein weitgehender **konstruktiver Gleichlauf** erkennen. Zunächst fällt auf, dass der Gesetzestext Zurückbehaltungsrechte mit Pfandrechten gleichstellt (§ 10 Abs 2 IO: „wie Pfandrechte zu behandeln")[1148]. Zudem weist das Schrifttum[1149] darauf hin, dass eine Nähe zu Aufrechnungslagen besteht; insbesondere streicht man als Gemeinsamkeit heraus, dass es bei beiden Instituten möglich ist, Schuldnervermögen in Anspruch zu nehmen[1150]. Sogar sehr konkrete Parallelen sind auszumachen, wenn man den Aspekt der bevorzugten Befriedigung infolge Dispositionsentziehung in den Fokus nimmt: Ausweislich der Gesetzesmaterialien[1151] bezweckt das (unternehmerische) Zurückbehaltungsrecht, den Gläubiger vor Verfügungen des Schuldners zu schützen; damit ist nichts anderes gemeint als Dispositionsentziehung im hier verwendeten Sinn. Ferner betont man treffend, dass Gewahrsame am Vermögenswert einerseits und andererseits die Möglichkeit des Gläubigers, die zurückbehaltene Sache als Objekt seines Befriedigungsrechts heranzuziehen und damit abgesonderte Befriedigung aus der Sondermasse zu erhalten, unmittelbar zusammenhängen[1152]. Die hier vorgestellte These, dass Dispositionsentziehung spezifisches Vertrauen beim konkreten Gläubiger begründet, harmoniert schließlich auch damit, wie das Insolvenzrecht den Zurückbehal-

1148 Im Einzelnen sind die Rechtsfolgen dieser Norm umstritten; siehe nur *Apathy* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 10 KO Rz 20; *Deixler-Hübner* in Konecny, Insolvenzgesetze § 10 IO Rz 35; *Csoklich* in KLS, IO^2 § 10 Rz 38; *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 95 ff mit umfangreichen (historischen) Nachweisen. Ähnlichkeiten zum Pfandrecht betonen für die ältere Rechtslage, die eine entsprechende Regelung noch nicht enthalten hat, etwa *Schenck*, Retentionsrecht 61 f, und *Groskopff*, Retentionsrecht 97.

1149 So etwa *Schrutka-Rechtenstamm*, Compensation 20 ff (insbesondere 25 f), und *Marotzke*, Gegenseitige Verträge^3 Rz 2.67. *Schenck*, Retentionsrecht 53, identifiziert als Gemeinsamkeit dieser beiden Institute, dass etwas zurückgehalten wird, was man dem Schuldner schuldet; dies harmoniert mit dem oben (S 240 bei und in FN 992) im Zusammenhang mit dem Kriterium der Gewahrsame an Sachen des Schuldners formulierten Standpunkt. Gegen eine Ähnlichkeit allerdings *Henckel*, ZZP 99, 419 (422); *derselbe* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 51 Rz 53. Vgl auch *Luden*, Retentionsrecht 10, der gemeinsame historische Wurzeln annimmt (im Übrigen aber eine Verwandtschaft verneint). Siehe dazu auch unten 3. Kapitel § 5 B.II.3.a; S 337 ff.

1150 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 137 und 157.

1151 *Denkschrift* HGB 367, wo auch konkret auf die Einreden des innehabenden Gläubigers gegenüber Rechtsnachfolgern des Schuldners hingewiesen wird.

1152 *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 65 und 100.

tungsberechtigten behandelt: Nach wohl herrschender Auffassung[1153] ist er von der Prozesssperre (§ 6 Abs 1 IO) nicht betroffen und kann daher bevorzugte Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache erlangen, indem er auf Leistung bei sonstiger Exekution in die Sache klagt und dann Exekution führt. Die bevorzugte Befriedigung in Zurückbehaltungslagen erweist sich somit als lupenreiner Anwendungsfall der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung.

2. Um Missverständnissen vorzubeugen, ist ein wesentlicher Gesichtspunkt herauszustreichen. Nach dem Gesagten ist man möglicherweise verlockt, den Gläubiger allein deswegen bevorzugt zu befriedigen, weil er einen Vermögenswert in seiner Gewahrsame hat, ihn also zu privilegieren, **ohne** dass ein **Pfandrecht** wirksam eingeräumt wurde und ohne dass ein **Zurückbehaltungsrecht** besteht. Das ist nicht ganz abwegig, denn eine solche Situation ist in der Tat bei **Aufrechnungslagen** anzutreffen: Dort hat der Gläubiger ebenfalls Gewahrsame an einem Vermögenswert des Schuldners (S 280 f). Für seine Privilegierung ist es aber nicht relevant, ob ihm ein Pfandrecht oder ein sonstiges Recht an dem in seiner Gewahrsame befindlichen Vermögenswert zukommt; jedenfalls wird er als Aufrechnungsberechtigter in der Insolvenz bevorzugt befriedigt (§ 19 IO)[1154] und jedenfalls sind exekutive Zugriffe Dritter auf den Vermögenswert ausgeschlossen[1155]. Die Besonderheit, die es erlaubt, in Aufrechnungslagen auf weitere Voraussetzungen zu verzichten, liegt in der Gleichartigkeit des Vermögenswertes und der Gläubigerforderung (§ 1440 ABGB). In Zurückbehaltungslagen fehlt es im Gegensatz dazu an einer solchen Gleichartigkeit. Wie noch darzulegen ist, stellt sich die Rechtslage bei Gläubigergewahrsame an **ungleichartigen Vermögenswerten** anders dar[1156]. Hier genügt es herauszustreichen, dass bloß die faktische Gläubigergewahrsame an einem *ungleichartigen* Vermögenswert nicht geeignet ist, ein bevorzugtes Befriedigungsrecht des innehabenden Gläubigers zu schaffen, wenn er weder über ein wirksames Pfandrecht noch über ein Zurückbehaltungsrecht verfügt. Da die Gläubigerprivilegierung an Dispositionsentziehung anknüpft, steht sie nur zu, wenn gesichert ist, dass der Vermögenswert Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleiben wird. Das ist bei ungleichartigen Vermögenswerten nur der Fall, wenn ein Zurückbehal-

1153 *Rummel*, JBl 1977, 521 (527); *Klang* in Klang, ABGB^2 II 547; *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 276; *Burgstaller*, Pfandrecht 79 f; *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 107 f; *Apathy* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 10 KO Rz 20; *Deixler-Hübner* in Konecny, Insolvenzgesetze § 10 IO Rz 35 je mit weiteren Hinweisen; anders *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 544 FN 25; *Iro*, RdW 1985, 101 (103 FN 17). Im Einzelnen ist hier manches umstritten (*Deixler-Hübner*, aaO mit Nachweisen).

1154 Eingehend unten 3. Kapitel § 5 B.II.2; S 332 ff.

1155 Oben S 278 FN 1128.

1156 Dazu unten 3. Kapitel § 5 B.II.3; S 337 ff.

tungs**recht** des innehabenden Gläubigers besteht. Ohne Zurückbehaltungsrecht ist trotz Gläubigergewahrsame nicht ausgeschlossen, dass der Schuldner wirksam zugunsten Dritter über den Vermögenswert verfügt (Abtretung des Leistungs-/Herausgabeanspruchs) oder dass Dritte exekutiv auf den Vermögenswert greifen. Zwar sieht das Exekutionsrecht vor, dass ganz generell allein die Gewahrsame an Vermögenswerten des Schuldners – also nicht notwendig in Verbindung mit einem Pfandrecht – den exekutiven Zugriff Dritter auf den Vermögenswert blockiert; Gegenstände des verpflichteten Schuldners, die sich in Fremdgewahrsame (hier: beim innehabenden Gläubiger) befinden, können nämlich nur gepfändet werden, wenn der Gewahrsamsinhaber zur Herausgabe bereit ist (§ 262 EO). Allerdings kann der Gewahrsamsinhaber damit die Durchsetzung von Befriedigungsrechten Dritter bloß hemmen, sie aber nicht endgültig abwenden. Sofern dem Gewahrsamsinhaber kein Zurückbehaltungsrecht zusteht, kann der Dritte nämlich doch auf den Vermögenswert greifen: Er kann den Gewahrsamsinhaber, der der Herausgabe nicht zustimmt, auf Zustimmung zur Pfändung klagen, um eine Pfändung zu ermöglichen[1157] oder auf den Herausgabeanspruch Exekution führen (§ 338 EO)[1158].

Im Ergebnis bedeutet das: Beim Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung durch Gläubigergewahrsame ist die **Dispositionsentziehung streng zu prüfen**. Sie kann – wie der Fall der unberechtigten Zurückbehaltung von ungleichartigen (§ 1440 ABGB) Vermögenswerten zeigt – selbst dann zu verneinen sein, wenn Gläubigergewahrsame vorliegt. Das heißt wohlgemerkt nicht, dass die Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung bei Gläubigergewahrsame an ungleichartigen Vermögenswerten nicht verwirklicht ist. Aber: Gläubigerprivilegierung setzt **nicht allein das Faktum der Gläubigergewahrsame** voraus, sondern es braucht die im Wege der Gläubigergewahrsame bewirkte Dispositionsentziehung. Es wird jedoch zu zeigen sein, dass die Rechtsordnung dieses Erfordernis der Dispositionsentziehung unter bestimmten Umständen – nämlich in wirtschaftlichen Krisensituationen – aufgibt; dann kann allein die faktische Gläubigergewahrsame, mag sie auch mit keinem Zurückbehaltungsrecht verbunden und sogar unberechtigt sein, ausreichen, um dem innehabenden Gläubiger ein bevorzugtes Befriedigungsrecht am betreffenden Vermögenswert zu verschaffen[1159].

1157 *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 85 mit weiteren Nachweisen; OGH 7 Ob 606/89 in SZ 62/114 = JBl 1990, 120 mit kritischer Anmerkung *Burgstaller*; RIS-Justiz RS0003630.

1158 Zur Rechtlage vor der Reform des Exekutionsrechts *Mohr* in Angst/Oberhammer, EO³ § 325 Rz 9. Zu alledem eingehend unten 3. Kapitel § 5 B.II.3.b; S 341 ff mit weiteren Nachweisen.

1159 Unten 3. Kapitel § 5 B.III; S 346 ff.

d. Verfolgungsrecht

1. Versucht man, das Verfolgungsrecht nach § 45 IO in das bisher entworfene Gedankengerüst einzugliedern, erscheint das auf den ersten Blick nicht einfach. Dazu ist etwas auszuholen. Schon die Befundaufnahme zu den privilegierenden Wirkungen der Gläubigergewahrsame hat § 45 IO angesprochen[1160]. Danach kann ein Verkäufer (Gläubiger) Waren zurückfordern, die er an den Schuldner abgesendet hat, die der Schuldner aber noch nicht vollständig bezahlt hat, solange diese Waren nicht am Ablieferungsort angekommen und nicht in die Gewahrsame des Schuldners gelangt sind. Die Bestimmung ist auf den Versendungskauf zugeschnitten[1161], in dem der Käufer in der Regel[1162] bereits mit Übergabe an den Transporteur Eigentum erwirbt (§ 429 ABGB). Das Verfolgungsrecht bezweckt, eben diese, aus Sicht des unbezahlten Verkäufers nachteilige Rechtsfolge des Eigentumserwerbs zu neutralisieren, indem es ihn zur Aussonderung berechtigt[1163]. Damit entsteht eine jener Situationen, in denen Eigentumsordnung/Rechtszuständigkeit und Haftungsordnung/Massezugehörigkeit nicht übereinstimmen[1164]. Abstrakt formuliert schreibt § 45 IO somit fest, dass ein Vermögenswert (Ware) solange **nicht** sämtlichen Gläubigern als **Befriedigungsobjekt** dient, als der

---

1160 Oben S 243.

1161 Siehe bloß *Jaeger/Lent*, KO[8] § 44 Rz 10; *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 45 KO Rz 1; *Spitzer* in KLS, IO[2] § 45 Rz 1 f.

1162 Dies gilt bei vom Empfänger bestimmter oder genehmigter, insbesondere also auch bei verkehrsüblicher Übersendungsart, sodass im statistischen Normalfall davon auszugehen ist (siehe nur *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 141; *Mader* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.04] § 429 Rz 1).

1163 *Denkschrift* KO 46; *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 142. Denselben Zweck hat man dem Verfolgungsrecht (bis zu dessen ersatzloser Aufhebung; unten S 291 FN 1183) auch im deutschen Rechtsbereich beigelegt (*Hilger*, KTS 1988, 595 [597]). Zwar fehlt es dem BGB an einer dem § 429 ABGB entsprechenden Regelung, sodass Eigentum beim Versendungskauf daher grundsätzlich erst mit Ablieferung beim Empfänger übergeht (siehe nur BGH VIII ZR 108/07 in NJW 2009, 2824); ein Schutz des Versendungsverkäufers durch das Verfolgungsrecht könnte daher entbehrlich erscheinen (explizit in diesem Sinn *Krückmann*, Reform 62). Allerdings ließ die Übergabe von Frachtdokumenten (insbesondere Konnossement) regelmäßig dennoch Eigentum bereits vor Ablieferung übergehen; das schaffte Bedarf an einem Schutz des Versendungsverkäufers durch die neutralisierende Wirkung des Verfolgungsrechts (*Hilger*, aaO mit weiteren Nachweisen).

1164 *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 142; *Stadler*, Verkehrsschutz 262; *Hilger*, KTS 1988, 595 (595 und 604 ff). Genau genommen liegt die Besonderheit des Verfolgungsrechts allerdings nicht darin, dass Aussonderung möglich ist, ohne dass ein dingliches Recht erforderlich ist; das ist ebenso bei den obligatorischen Rückstellungsansprüchen (reddere-Ansprüchen) von Bestandgeber/Verleiher/Hinterleger anerkannt (dazu unten S 305 f FN 1226); vielmehr kann hier ein Vermögenswert ausgesondert werden, der vermögensrechtlich (dinglich) bereits der Insolvenzmasse zugeordnet ist (*Eckardt*, KTS 2005, 15 [23]; *Spitzer* in KLS, IO[2] § 45 Rz 7: haftungsrechtliche Sonderzuweisung).

Schuldner **noch keine Gewahrsame daran** begründet hat – mag er mittlerweile auch bereits Eigentum daran erworben haben. Prima vista kommt dem Gläubiger (= Verkäufer/Absender) demnach eine insolvenzfeste Position zu, wenn sich der Vermögenswert weder in der Gewahrsame des Gläubigers (argumento: „abgesendet“) noch in der Gewahrsame des Schuldners (argumento: noch nicht „in die Gewahrsame des Schuldners [...] gelangt“) befindet. Nach diesem Befund scheint § 45 IO ein Fremdkörper im Konstrukt der bisherigen Thesen zu sein: Der Gläubiger (= Verkäufer/Absender) ist privilegiert, obwohl er keine Gewahrsame am Vermögenswert (mehr) hat. Näher besehen löst sich diese vermeintliche Abweichung vom Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung jedoch auf. Auch in der Konstellation, die § 45 IO regelt, ist das Tatbestandsmerkmal der Gläubigergewahrsame nämlich verwirklicht.

2. Mag zwar der Gläubiger (= Verkäufer/Absender) den Vermögenswert nicht mehr in Händen halten, und mag der Schuldner auch bereits Eigentum daran erworben haben, so kann man dennoch **Gläubigergewahrsame** annehmen. Denn der Gläubiger kann den Transporteur bis zur tatsächlichen Ablieferung der beförderten Ware beim Schuldner (= Käufer/Empfänger) aufgrund seines **Absenderverfügungsrechts** anweisen, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen Empfänger auszuliefern (§ 433 UGB)[1165]. Vor Ankunft des Gutes am Ort der Ablieferung hat der Schuldner (= Käufer/Empfänger) also kein selbständiges Recht[1166]. Das Absenderverfügungsrecht stellt somit eine Situation her, die realer Gläubigergewahrsame

1165 Das Recht des Absenders zur Anhaltung ergibt sich bereits aus den allgemeinen Regeln über das Weisungsrecht des Werkbestellers (*Stögerer/Preisinger* in Straube/Ratka/Rauter, UGB^4 § 433 Rz 6; *Zehetbauer* in Zib/Dellinger, UGB § 433 Rz 10; *Thume* in MünchKomm-HGB^5 § 418 Rz 2); demgegenüber sind die Empfängerrechte vor Ablieferung des Gutes auf Maßregeln und Anweisungen beschränkt, die zur Sicherstellung des Gutes erforderlich sind (§ 434 UGB). Gleichartige Absenderrechte sehen die einschlägigen Sondervorschriften für die Beförderung durch Eisenbahn (§ 79 EBG sowie Art 18 und 19 CIM), LKW (Art 12 und 16 CMR) und Luftfracht (Art 12, 13 MÜ) vor; siehe ferner § 11 AÖSp und § 418 dHGB.

1166 Dazu näher etwa *Parapatits*, Vertrag zugunsten Dritter 186. An diesem Ergebnis ändert es auch nichts, wenn man das Recht des Empfängers (Schuldners) bejaht, mittels *Besitzanweisung* an den Transporteur zugunsten Dritter über die reisende Ware zu verfügen (so *Apathy*, RdW 2003, 299 [299]; vgl aber durchaus konsequent *U. Huber*, FS Weber 253 [263 und 265: Absender bleibt mittelbarer Besitzer bis der Empfänger einen Anspruch gegen den Beförderer erwirbt]); ein solcher Rechtserwerb kann nämlich durch Absenderverfügungen vor Ablieferung wieder zunichte gemacht werden (OGH 7 Ob 108/71 in SZ 44/118 = HS 8305; in diesem Sinn wohl auch *Spielbüchler* in Rummel, ABGB^3 § 429 Rz 7; kritisch *Kramer/Martini* in Straube/Ratka/Rauter, UGB^4 Vor §§ 377 ff Rz 79, und *Mader* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON$^{1.04}$ § 429 Rz 1).

gleichzuhalten ist[1167]. Bildlich kann man davon sprechen, dass die gesetzlichen Verfügungsrechte die Absendergewahrsame über den Zeitpunkt der Übergabe an den Transporteur hinaus verlängern. Dass die für die Dispositionsentziehung erforderliche Gläubigergewahrsame aufrecht bleibt, indem sich der Gläubiger Verfügungsrechte über den Vermögenswert sichert, ist dabei keineswegs als neuartige Konstruktion einzustufen. Der Gedanke, eine Sicherung im Wege mittelbarer Gewahrsame aufrechtzuerhalten, hat an anderer Stelle sogar deutlich im Gesetz Niederschlag gefunden, und zwar im unternehmerischen Zurückbehaltungsrecht (§ 369 Abs 1 UGB): Hier ergibt sich aus der Natur des Zurückbehaltungsrechts, dass Gläubigerprivilegierung (§ 10 Abs 2 IO) Gewahrsame an den Sachen des Schuldners voraussetzt; entscheidend ist, dass der Gesetzeswortlaut diese Voraussetzung explizit ebenso als erfüllt ansieht, nachdem der Gläubiger die Sachen bereits aus der Hand gegeben hat, aber noch „mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann“.

Dass das Absenderverfügungsrecht gegenüber dem Frachtführer (oder einem sonstigen Beförderer[1168]) einerseits und die Privilegierung des Absenders in Gestalt des Verfolgungsrechts andererseits zusammenhängen, scheint damit evident. Diese Verknüpfung erlaubt es, – was man bislang, soweit überblickbar, noch nicht in dieser Klarheit ausgesprochen hat[1169] – zu rechtferti-

1167 Einzuräumen ist allerdings, dass die zeitliche Reichweite der Dispositionsentziehung einerseits und andererseits die Möglichkeit des Absenders (= des Gläubigers), sein Verfolgungsrecht auszuüben, geringfügig auseinanderfallen: Der Empfänger (Schuldner) kann nämlich bereits nach Ankunft des Frachtgutes am Empfangsort (= in der betreffenden Gemeinde) Klage nach § 435 UGB erheben und damit schon vor Übergabe das Verfügungsrecht des Absenders (= des Gläubigers) zum Erlöschen bringen (*Csoklich* in Artmann, UGB[3] § 433 Rz 10 mit weiteren Hinweisen). Demnach endet die Dispositionsentziehung schon bei Ankunft der Ware in der betreffenden Gemeinde; dennoch kann der Absender (= Gläubiger) das Verfolgungsrecht nach dem Wortlaut von § 45 IO geltend machen, bis der Empfänger (= Käufer/Schuldner) tatsächlich Gewahrsame erlangt hat (also eventuell auch noch nach Erlöschen seines Absenderverfügungsrechts), weil der Tatbestand von § 45 IO kumulativ (argumento: „und“) das Nichtvorliegen beider Tatbestandsmerkmale verlangt. Vorbehaltlich näherer Untersuchung erscheint es daher geboten, den Gesetzeswortlaut „korrigierend auszulegen“ (das heißt: teleologisch zu reduzieren): Um die zeitliche Reichweite von Dispositionsentziehung und Gläubigerprivilegierung (Verfolgungsrecht) in Einklang zu bringen, sollte im Satzteil „und in die Gewahrsame…gelangt sind“ das „und“ als „oder“ zu lesen sein.

1168 Vgl oben S 286 FN 1165.

1169 Zumeist wird das Absenderverfügungsrecht nicht als Rechtfertigung für das Verfolgungsrecht ins Spiel gebracht, sondern man sieht es lediglich als technisches Mittel an, um das Verfolgungsrecht durchzusetzen (vgl *Silberstein*, ZHR 1918, 289 [344 f insbesondere FN 122]; *U. Huber*, FS Weber 253 [253 ff und 265 bei FN 41]; *Hilger*, KTS 1988, 595 [603 bei und in FN 27]). Einschlägige Andeutungen finden sich allerdings zum englischen Pendant (vgl *Silberstein*, ZHR 1819, 70 [114 f und 124 mit weiteren Hinweisen]); die Verknüpfung mit dem Absenderverfügungsrecht tritt dort

gen, dass der Absender insolvenzrechtlich einem Gläubiger gleichgestellt ist, der Sachen des Schuldners tatsächlich (noch) in Händen hält und daher ein bevorzugtes Befriedigungsrecht erheischt (§ 361 und § 370 UGB iVm § 10 Abs 2 IO). Konsequenterweise muss anderes jedoch gelten, sollte der Absender ein Frachtdokument ausgestellt haben, das sein Absenderverfügungsrecht beseitigt (Ladeschein, § 444 UGB; Frachtbriefdoppel; Konnossement)[1170]: Der in einem solchen Dokument genannte Empfänger oder dessen Inhaber kann nämlich während des gesamten Transports jene Rechte ausüben, die sonst dem Absender zustehen; man spricht anschaulich von Sperrwirkung[1171] oder von einem Sperrpapier[1172]. Hat der Absender das ihm an sich zustehende Verfügungsrecht somit bereits aufgegeben, ist § 45 IO meines Erachtens nicht anzuwenden; hier ist es geboten, den Tatbestand der Bestimmung teleologisch zu reduzieren[1173], zumal unter solchen Umständen keine (verlängerte) Gewahrsame des Gläubigers (Absenders) an einem vom Schuldner (Käufer/Empfänger) zu beanspruchenden Vermögenswert mehr vorliegt[1174].

bereits in der Bezeichnung dieses Rechtsinstituts als *right of stoppage* einigermaßen greifbar zutage. Im Einklang mit dem hier vertretenen Standpunkt sieht der US-amerikanische UCC explizit vor, dass das Stoppungsrecht erlischt, wenn die Absenderverfügungsrechte infolge Ausstellung eines an Order lautenden Frachtdokuments gesperrt sind (vgl dazu oben S 286 FN 1166).

1170 Auf die Wirkung der Frachtdokumente auf die Verfügungsmacht des Schuldners (Empfängers) weisen auch die Gesetzesmaterialien zum Verfolgungsrecht deutlich hin (*Motive* KO 165 = *Hahn*, Materialien 166).

1171 Siehe nur § 447 Abs 2 UGB und § 446 Abs 2 dHGB. Konkret zum Ladeschein: *Csoklich* in Artmann, UGB[3] §§ 444–450 Rz 11; *Stögerer/Preisinger* in Straube/Ratka/Rauter, UGB[4] § 447 Rz 2; *Koller*, Transportrecht[10] § 446 HGB Rz 3. Zum Frachtbriefdoppel: *Csoklich*, aaO § 426 Rz 5; *Stögerer/Preisinger*, aaO § 426 Rz 5; *Thume* in MünchKomm-HGB[5] § 408 Rz 17; siehe auch *Koller*, Transportrecht[10] § 408 HGB Rz 2. Zum Konnossement: § 654 UGB.

1172 Näher dazu *Koller*, Transportrecht[10] § 418 HGB Rz 36 f mit weiteren Hinweisen zu den einschlägigen Sondervorschriften für die Beförderung durch Eisenbahn (Art 19 § 7 CIM), LKW (Art 12 Abs 2 CMR) und Luftfracht (Art 12, 13 MÜ).

1173 Einen derartigen Ausschluss sieht etwa die einschlägige Regelung des US-amerikanischen UCC (§ 2–705 2 d) explizit vor (näher dazu *U. Huber*, FS Weber 253 [253 f]); anderer Ansicht – für Anwendbarkeit des Verfolgungsrechts auch in diesen Fällen – jedoch *Silberstein*, ZHR 1918, 289 (340 mit weiteren Hinweisen).

1174 Zu diesem Ergebnis gelangt im Übrigen ebenso, wer das klassische Verständnis vom Faustpfandprinzip zugrunde legt und allein das überindividuelle Vertrauen des Verkehrs auf die Zugehörigkeit der Ware zum schuldnerischen Haftungsfonds als ausschlaggebend betrachtet (Gläubigerprivilegierung infolge Publizität; Nachweise oben S 250 ff). Nach den Gesetzesmaterialien zu § 44 dKO, der Vorbild für die österreichische Regelung war (*Denkschrift* KO 46), beruht das Verfolgungsrecht ebenso auf Vertrauensschutzüberlegungen (*Motive* KO 164 = *Hahn*, Materialien KO 165; wohl zustimmend *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] Rz 7.73): Solange sich die Ware noch nicht in der Gewahrsame des Schuldners befindet, können die übrigen Gläubiger nicht in ihrem Vertrauen auf den Haftungsfonds des Schuldners (Empfängers) enttäuscht werden, wenn sie ihm Kredit geben; das rechtfertige es, die Aussonderung

3. Wie zuvor[1175] im Zusammenhang mit Zurückbehaltungslagen herausgestrichen, lässt sich die Gläubigerprivilegierung allerdings nicht allein damit rechtfertigen, dass der Gläubiger einen vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert faktisch seiner Gewahrsame hat. Zudem muss dadurch **Dispositionsentziehung** hergestellt sein; der Vermögenswert muss faktischen Einwirkungen und rechtlichen Verfügungen des Schuldners entzogen sein – etwa aufgrund eines Zurückbehaltungsrechts. Eine rechtliche Dispositionsentziehung könnte man in dem von § 45 IO geregelten Versendungskauf prima vista jedoch vermissen. Denn hier ist davon auszugehen, dass der Gläubiger (Verkäufer/Absender) zur Vorleistung verpflichtet ist[1176]; einer Inanspruchnahme durch den Schuldner (Käufer/Empfänger) kann er somit keine Einrede entgegensetzen. So ist es dem Schuldner (Käufer/Empfänger) etwa möglich, seinen Leistungsanspruch auf den in (verlängerter, vom Transporteur vermittelter) Gläubigergewahrsame befindlichen Vermögenswert abzutreten und auf diese Weise zugunsten Dritter zu verfügen[1177]; ebenso kön-

solcher Waren zuzulassen (*Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 454; *Bollenberger*, ÖBA 1994, 825 [829]; *Kepplinger*, Synallagma 334 f). Dies ändert sich allerdings wiederum, wenn der Schuldner Frachtdokumente erhalten hat, die ihm erlauben, wirksam über die reisende Ware zu verfügen. Auch aus Sicht des klassischen Verständnisses ist es daher geboten, den Anwendungsbereich von § 45 IO teleologisch zu reduzieren.

1175 Oben Pkt c; S 282 f.

1176 Dem Tatbestand von § 45 IO ist das zwar nicht unmittelbar zu entnehmen, doch ergibt sich dies zwingend aus einer Zusammenschau mit § 21 und § 46 Z 4 IO: Auszugehen ist davon, dass im Tatbestand des § 45 IO ein beidseitig nicht vollständig erfüllter Vertrag (§ 21 IO) vorliegt (*Jaeger/Lent*, KO[8] § 44 Rz 21). Dies ist trotz des Umstandes anzunehmen, dass der Verkäufer (Absender) durch die Übergabe an den Transporteur schon alle von ihm geschuldeten Leistungshandlungen gesetzt zu haben scheint. Zum einen ist nämlich zu bedenken, dass durch Ausübung des noch bestehenden Absenderverfügungsrecht die Erfüllung vereitelt werden kann (dazu unmittelbar oben S 286 f), zum anderen wird generell davon ausgegangen, dass vollständige Erfüllung iSd § 21 IO erst mit Eintritt des Leistungserfolgs, konkret mit Ablieferung der Ware beim Empfänger vorliegt (*F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB[2] IV/2, 304; *Bollenberger*, ÖBA 1994, 825 [829]). Bei Zug-um-Zug-Leistungspflicht stünde dem unbezahlten Verkäufer (Absender) bei Insolvenz die Einrede nach § 1052 ABGB zu, sodass er jedenfalls bei Vertragseintritt durch den Insolvenzverwalter (§ 21 Abs 1 IO) als Massegläubiger zu behandeln wäre (oben 3. Kapitel § 1 B; S 131 ff mit Nachweisen). Es besteht somit kein Bedarf, ihn in der Insolvenz des Käufers (Empfängers) durch das Privileg des Verfolgungsrechts zu schützen (*Jaeger/Lent*, aaO). Vorleistungspflicht als Tatbestandsmerkmal des Verfolgungsrechts wird implizit auch im Rahmen der rechtshistorischen Analyse dieser Bestimmung durch *Marotzke*, Gegenseitige Vertäge[3] Rz 7.73, bestätigt, der den Kreditkauf mit undurchsetzbarem (beziehungsweise fehlendem) Eigentumsvorbehalt als das ursprüngliche Anwendungsgebiet des Verfolgungsrechts identifiziert; in diesem Sinne auch *U. Huber*, FS Weber 253 (256 und 272).

1177 Das zeigt sich insbesondere daran, dass das Verfolgungsrecht die an der Ware von Dritten erworbenen Rechte nicht beeinträchtigt; siehe etwa *Jaeger/Lent*, KO[8] § 44

nen andere Gläubiger des Schuldners exekutiv darauf greifen[1178]. Wie noch darzulegen ist[1179], liegt der Privatrechtsordnung jedoch ein allgemeines Prinzip zugrunde, wonach der innehabende Gläubiger in wirtschaftlichen Krisensituationen (insbesondere in der Insolvenz) privilegiert ist, obwohl ihm „normalerweise“ keine bevorzugte Befriedigung zusteht. Das bringt vor allem das unternehmerische Notzurückbehaltungsrecht (§ 370 UGB) zum Ausdruck; darin ist ein allgemeiner, keineswegs auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr beschränkter Schutzgedanke umgesetzt[1180]. Die näheren Überlegungen dazu[1181] sind hier nur im unmittelbar notwendigen Umfang vorwegzunehmen: Es lässt sich sagen, dass das Verfolgungsrecht generell jeden innehabenden Gläubiger schützt, so wie das unternehmerische Notzurückbehaltungsrecht (§ 370 UGB) Unternehmer schützt. Beide Tatbestände setzen eine Notsituation voraus; daher ist unbeachtlich, dass kein (allgemeines) Zurückbehaltungsrecht die Gläubigergewahrsame legitimiert; dass den innehabenden Gläubiger bereits eine fällige Leistungs-/Herausgabepflicht hinsichtlich des Vermögenswerts trifft, schadet also nicht. Um ein bevorzugtes Befriedigungsrecht daran zu erlangen, genügt, dass sich der Vermögenswert bei Eintritt der Notlage noch in Gewahrsame des Gläubigers befindet und dass er noch Teil des schuldnerischen Haftungsfonds ist; das heißt: Weder darf der Schuldner zugunsten Dritter darüber verfügt haben, noch dürfen andere Gläubiger exekutiv darauf zugegriffen haben.

Rz 7 und 29; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 454; *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 45 KO Rz 6; *Spitzer* in KLS, IO² § 45 Rz 6 je mit weiteren Hinweisen.

1178 Zwar ist dessen Pfändung nicht unmittelbar möglich, weil der Transporteur Dritter im Sinne des § 262 EO ist; die Pfändung hängt somit – trotz Eigentums des verpflichteten Schuldners (§ 429 ABGB) – von der Herausgabebereitschaft des Transporteurs ab. Verweigert er die Herausgabe, kommt jedoch eine Anspruchsexekution (§ 338 EO) oder eine Klage auf Zustimmung zur Pfändung (S 284 FN 1157) in Betracht. Werden die Leistungsansprüche des verpflichteten Schuldners (Empfängers) gepfändet, kann sie der Verwalter (§ 329 EO) oder der betreibende Drittgläubiger, dem der Anspruch überwiesen wurde (§ 330 Abs 3 EO), geltend machen. Zwar stehen dem Transporteur dagegen Einwendungen zu, weil dem verpflichteten Schuldner (als Empfänger) vor der Ankunft des Vermögenswerts am Ort der Ablieferung kein selbständiges Recht daran zukommt (S 286 FN 1166); allerdings besteht eine fällige und (infolge Vorleistungspflicht) grundsätzlich einredefreie Leistungspflicht des Gläubigers (als Verkäufer), sodass dieser auf Leistung oder auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung (Weisung) gegenüber dem Transporteur in Anspruch genommen werden kann. Im Ergebnis kann der exekutive Zugriff Dritter auf den beim Transporteur befindlichen Vermögenswert also nicht verhindert werden (dazu auch S 342).

1179 Unten 3. Kapitel § 5 B.III; S 346 ff.

1180 Eingehend unten 3. Kapitel § 5 B.III.3; insbesondere S 352 ff.

1181 Unten 3. Kapitel § 5 B.III.5; S 356 ff.

4. Die zu § 45 IO entwickelte Sichtweise fügt sich harmonisch in die bisher vorgestellten Thesen ein. Ferner zeigt sich, dass das Verfolgungsrecht keineswegs – wie dies bisweilen bemängelt wird – bloß auf Billigkeit beruht[1182] und (daher) entbehrlich[1183] ist. Vielmehr setzt es das **Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame** konsequent um – allerdings mit der noch zu erörternden[1184] Besonderheit, dass es für Gläubigerprivilegierung genügt, wenn der Gläubiger vom Schuldner zu beanspruchende Vermögenswerte faktisch in Gewahrsame hat. Da der Tatbestand eine wirtschaftliche Notlage (Insolvenz) voraussetzt, muss diese Gewahrsame durch kein „echtes“ Zurückbehaltungsrecht legitimiert sein; unberechtigte Gläubigergewahrsame schadet der Gläubigerprivilegierung also nicht.

4. Resümee

1. Die **Dispositionsentziehung** gibt nicht nur beim Faustpfand den Ausschlag, sondern ebenso in den sonstigen Fällen der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame (Aufrechnungslage, Differenztheorie, Zurückbehaltungsrecht). Das hier – zunächst im pfandrechtlichen Kontext – entwickelte Erklärungsmodell, um **bevorzugte Gläubigerbefriedigung** zu rechtfertigen, erweist sich als **verallgemeinerungsfähig:** Es taugt für alle Si-

1182 *Frankl*, Revision 63; *Denkschrift* KO 46 („Rechtsbewusstsein der Kaufmannschaft“); *Silberstein*, ZHR 1918, 70 und (78, 108) und ZHR 1918, 289 (328). Skeptisch zuletzt auch *Spitzer* in KLS, IO[2] § 45 Rz 8 f. Im Rekurs auf Billigkeitsüberlegungen kommt wohl auch eine dogmatische Ratlosigkeit zu Ausdruck; sie hat noch einige weitere konstruktive Blüten hervorgebracht: So hat man im gemeinen Recht etwa versucht, das Aussonderungsrecht damit zu erklären, dass ein stillschweigend vereinbarter Eigentumsvorbehalt zu vermuten sei; *Silberstein*, ZHR 1918, 70 (87 mit weiteren Nachweisen). Zu weiteren Deutungsversuchen siehe *denselben*, ZHR 1918, 289 (349 ff).

1183 Dagegen, ein Verfolgungsrecht im Insolvenzrecht vorzusehen, plädierte schon *Pollak*, JBl 1895, 601 (603), und *derselbe*, Reform 33 f: Das Verfolgungsrecht bringe eine ganz willkürliche, rein zufällige, von der Schnelligkeit des Post- und Eisenbahnverkehrs, von Wind und Wetter abhängige Gläubigerprivilegierung mit sich (diesbezüglich zustimmend *Silberstein*, ZHR 1918, 289 [326]). Im Licht der oben im Text dargelegten Zusammenhänge vermögen diese Bedenken allerdings nicht durchzuschlagen. In Österreich hat das IRÄG 2010 nichts sich an der Geltung von § 45 KO/IO geändert. Hingegen entschied sich der deutsche Gesetzgeber anlässlich der Insolvenzrechtsreform das Pendant in der dKO ersatzlos entfallen zu lassen, was der Gesetzgeber mit fehlender praktischen Bedeutung und einer systemwidrigen Verstärkung der Gläubigerrechte begründete (BT-Drucks 12/2443, 121). Auch gewichtige Stimmen haben § 44 dKO als rechtspolitisch fragwürdig eingestuft (*Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] Rz 7.68 ff, insbesondere Rz 7.73 und Rz 7.84); andere haben die Bestimmung wegen der Möglichkeit eines verlängerten Eigentumsvorbehalts als entbehrlich bezeichnet (*Hilger*, KTS 1988, 595 [603 f]); kritisch ferner *Krückmann*, Reform 62. Gegen die Abschaffung jedoch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 11.17 (mit Hinweis auf Art 71 Abs 2 UN-K).

1184 3. Kapitel § 5 B.III; S 346 ff.

tuationen, in denen der Gläubiger einen Vermögenswert des Schuldners in Händen hält, also immer dann, wenn der Gläubiger einen **vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert in seiner Gewahrsame** hat. Dabei ist Gewahrsame hier – wie nochmals[1185] zu betonen ist – in einem erweiterten Sinn zu verstehen; erfasst sind gleichermaßen Konstellationen, in denen der Schuldner eine Handlung oder (Geld-)Leistung zu fordern berechtigt ist. Hat der Gläubiger Gewahrsame an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert, sorgen das Traditionsprinzip und der Sukzessionsschutz dafür, dass er vor Verschlechterungen seiner Rechtsposition geschützt ist. Dem Schuldner sind faktische und rechtliche Dispositionen über den Vermögenswert blockiert. Aus diesem Grund kann sich der Gläubiger sicher sein, dass der **von ihm in Händen gehaltene Vermögenswert** auch **in Zukunft Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds** sein wird und dass er jedenfalls als Objekt seines Befriedigungsrechts zur Verfügung stehen wird. Diese Position des innehabenden Gläubigers ist im materiellen Recht verankert und damit **schutzwürdig**; sie wird von diversen verfahrensrechtlichen Bestimmungen flankiert (§ 262 EO; § 120 Abs 3 IO)[1186]. In der Insolvenz setzt sich dieser Vertrauensschutz fort, indem dem Gläubiger ein **Recht auf abgesonderte Befriedigung** zusteht.

2. Die Gläubigergewahrsame an Vermögenswerten des Schuldners entfaltet ihre Wirkung der bevorzugten Gläubigerbefriedigung deswegen, weil sie zu Dispositionsentziehung am betreffenden Vermögenswert führt. Für das im Rahmen der Befundaufnahme[1187] grob diagnostizierte insolvenzrechtliche Bauprinzip, das zunächst als *Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame* übertitelt wurde, lässt sich damit eine exaktere und aussagekräftigere Benennung formulieren: Das entscheidende Moment für die privilegierte Position des Gläubigers und die Durchbrechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes liegt darin, dass der Schuldner die faktischen und rechtlichen Verfügungsmöglichkeiten verliert. Man sollte damit präziser von **Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung durch Gläubigergewahrsame** sprechen. Dieses Bauprinzip tritt vor allem im **Faustpfandprinzip** zutage, es ist aber ebenso in **Aufrechnungslagen** und in **Zurückbehaltungslagen** verwirklicht.

1185 Siehe schon oben S 239.

1186 Einen ähnlichen Befund stellt schon *Burgstaller*, Pfandrecht 82 f, auf und begründet dies anschaulich: Was ein Dritter nicht durch Einigung mit dem Schuldner erreichen kann, soll ihm grundsätzlich auch nicht im Weg der staatlichen Zwangsgewalt ermöglicht werden. Zwar beziehen sich *Burgstallers* Ausführungen nur auf die Stellung des Faustpfandgläubigers; da jedoch *Burgstaller* selbst dabei auf § 262 EO und § 120 Abs 3 IO verweist, deren Anwendungsbereich nicht auf den Faustpfandgläubiger beschränkt ist, sondern grundsätzlich nur Gewahrsame an Vermögenswerten des Schuldners voraussetzt, erscheint es zulässig, *Burgstallers* Sichtweise auch abseits des Pfandrechts Gültigkeit beizumessen.

1187 Oben 3. Kapitel § 4 C.I; S 238 ff.

3. Noch nicht vollständig exploriert sind jene Konstellationen, in denen zwar Gläubigergewahrsame vorliegt, diese aber unberechtigt ist (etwa wegen einer Vorleistungspflicht); hier bewirkt die Gläubigergewahrsame keine Dispositionsentziehung. Darunter fällt insbesondere auch die vom **Verfolgungsrecht** erfasste Situation. Wenngleich es hier an einer Dispositionsentziehung fehlt, privilegiert das positive Recht den innehabenden Gläubiger dennoch unter bestimmten Umständen; erforderlich ist eine **wirtschaftliche Krisensituation**.

IV. Kontrollüberlegungen: Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung im Gesamtsystem der insolvenzfesten Gläubigerpositionen

1. Das Problem: insolvenzfeste Gläubigerposition ohne Gewahrsamsübertragung/Dispositionsentziehung/Publizität

1. Die hier entwickelte Sichtweise begründet die bevorzugte Gläubigerbefriedigung in der Insolvenz damit, dass Gläubigergewahrsame rechtliche und faktische Dispositionsentziehung bewirkt; dadurch entsteht beim innehabenden Gläubiger berechtigtes Vertrauen auf die fortbestehende Zugehörigkeit des Vermögenswerts zum schuldnerischen Haftungsfonds. Auf diesem argumentativen Weg drängt sich folgender Einwand auf: Weshalb lässt das Insolvenzrecht teilweise auch dann bevorzugte Gläubigerbefriedigung zu, wenn **keine** derartige **Dispositionsentziehung** vorliegt? So kann etwa der Eigentümer die Herausgabe einer dem Schuldner zum Gebrauch überlassenen Sache begehren und sein **Aussonderungsrecht** (§ 44 IO) geltend machen. Dieselbe Ungereimtheit taucht auf, wenn die Kaufpreisforderung durch **Eigentumsvorbehalt** gesichert ist und der Vorbehaltskäufer insolvent wird: Obwohl sich der betreffende Vermögenswert (Vorbehaltsgut) in solchen Fällen nicht in der Gewahrsame des Gläubigers (des Vorbehaltsverkäufers), sondern beim Schuldner (Vorbehaltskäufer) befindet, genießt der Gläubiger eine insolvenzfeste Position. Im Lichte der zuvor vorgestellten Thesen muss dies überraschen: Denn hier kann man gerade nicht ins Treffen führen, der Gläubiger (Bestandgeber/Vorbehaltsverkäufer) dürfe darauf vertrauen, dass es dem Schuldner (Bestandnehmer/Vorbehaltskäufer) infolge Dispositionsentziehung unmöglich ist, faktisch und rechtlich auf den Vermögenswert (Bestandobjekt/Vorbehaltsgut) einzuwirken. Gerade im Gegenteil muss der Gläubiger sogar damit rechnen, dass es die Gewahrsame am Vermögenswert dem Schuldner erleichtert, faktisch darauf einzuwirken und etwa zugunsten eines (gutgläubigen) Dritten darüber zu verfügen. Demnach ließe sich – geht man vom hier entwickelten, vertrauensbasierten Ansatz der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung aus – nicht überzeugend erklären, weshalb das Insolvenzrecht in den genannten Konstellationen bevorzugte Gläubigerbefriedigung erlaubt.

2. Wie die Rechtsordnung verschiedene insolvenzfeste Positionen behandelt, scheint damit in der Tat widersprüchlich. Solche Ungereimtheiten lassen sich aber nicht nur der hier entwickelten These von der Dispositionsentziehung als (Zweit-)Funktion des Faustpfandprinzips entgegenhalten. Mit denselben Schwierigkeiten hat bekanntlich das **klassische Verständnis zu kämpfen**, das allein auf den **Publizitätszweck** des Faustpfandprinzips abstellt. Dazu wird vielfach bemängelt, es sei nur schwer einzusehen, dass dinglich Berechtigte in der Insolvenz verschieden behandelt werden. So fragt sich, weshalb für die Pfandrechtsbegründung strengere Vorschriften gelten sollen als für den Vollrechtserwerb, wo doch der Pfandrechtserwerb mittels Besitzkonstitut für spätere Erwerber und künftige Gläubiger, deren Schutz das Faustpfandprinzip dient, nicht weniger gefährlich ist als ein Vollrechtserwerb mittels Besitzkonstitut[1188]. Eine ähnliche Inkonsequenz ist greifbar, wenn man die Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut der obligatorischen Gebrauchsüberlassung gegenüberstellt[1189]: Gläubiger A lässt sich zur Sicherung einen Vermögenswert übereignen und räumt dem Schuldner ein Nutzungsrecht daran ein; der Vermögenswert bleibt in der Gewahrsame des Schuldners. Gläubiger B räumt dem Schuldner ein obligatorisches Nutzungsrecht an einem seiner Vermögenswerte ein und überträgt ihn in die Gewahrsame des Schuldners. Während Gläubiger A den „Dolch der §§ 451, 452 ABGB" zu spüren bekommt und ihm wegen Missachtung des Faustpfandprinzips die insolvenzfeste Position versagt ist, kann Gläubiger B die Sache als Eigentümer ohne weiteres auch in der Insolvenz herausverlangen (§ 44 IO)[1190]. Generell – so mahnt man treffend ein – gehe daher jene Täuschungsgefahr, die das Gesetz mithilfe des Faustpfandprinzips bekämpfen will, nicht nur von der Sicherungsübereignung aus, sondern generell von jeder Situation, in der tatsächliche Sachherrschaft und volle Rechtszuständigkeit auseinanderfallen.

Frappant tritt diese unterschiedliche Beurteilung beim **Eigentumsvorbehalt** zutage. Er ist nach herrschender Auffassung[1191] von den Kautelen des Faustpfandprinzips ausgenommen, obwohl ihm der rechtliche Charakter eines besitzlosen Pfandrechts innewohnt[1192]. Durchaus gewichtige Stimmen der Lehre haben mit großem argumentativem Aufwand versucht, hierfür eine

1188 *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 28 und 110 f; siehe auch *Koziol*, AcP 212, 1 (30).

1189 Vgl *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 110 f; *Schwind* in Schwind, Europarecht 61 (65).

1190 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 11.08; *Berger*, FS Kreft 191 (195). Speziell für den Bestandvertrag etwa *Konecny* in Konecny, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 44 mit weiteren Nachweisen; *Schartner*, wobl 2011, 255 (267).

1191 So etwa OGH 3 Ob 91/38 in SZ 20/49; 3 Ob 416/60 in SZ 33/132; RIS-Justiz RS0000813; siehe dazu die Nachweise sogleich in den folgenden FN 1193 f. Kritisch gegenüber der herrschenden Auffassung zuletzt aber *Faber*, ALJ 2015, 212 (217 ff).

1192 Siehe nur *Ulrich*, QuHGZ 1969, 5 (5 und 14); *F. Bydlinski*, FS Kaneti 11 (17); *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] § 59 Rz 5 (S 828); *Bülow*, Kreditsicherheiten[10] Rz 789. Anders aber etwa *U. Huber*, ZIP 1987, 750 (752 mit weiteren Hinweisen).

Rechtfertigung zu erbringen[1193]. Trotz der großen Zahl an Erklärungsversuchen ist es aber nicht gelungen, jene Stimmen verstummen zu lassen, die einmahnen, dass eine zufriedenstellende Lösung nach wie vor ausständig

1193 Zu den folgenden Argumenten (1) bis (4) siehe: *Mayrhofer*, ÖJZ 1969, 197 (202); *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 461 f; 463 FN 282 und 465; *derselbe*, FS Kaneti 11 (17); *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 166 f; teilweise auch (bloß referierend) *Koziol* in Wiegand, Mobiliarsicherheiten 19 (39), sowie *derselbe*, AcP 212 1 (32); kritisch jedoch *Schoneweg*, Eigentumsvorbehalt 188 ff und *Faber*, ALJ 2015, 209 (217 ff mit umfassenden Hinweisen): (1) Zum einen soll entscheidend sein, dass potentielle Gläubiger in der Lage sind zu eruieren, ob ein Eigentumsvorbehalt besteht, indem sie Rechnungen und Zahlungsbelege prüfen; das sei bei Sicherungsübereignung oder Verpfändung nicht möglich (*Überprüfbarkeitsargument*; in diesem Sinn auch LG Linz in JBl 1989, 185). Dass die Rechtslage leichter festzustellen sei, hänge nicht mit dem formalen Unterschied zwischen ausgebliebenen Erwerb und Verlust von Vermögenswerten zusammen; relevant sei vielmehr, dass das vorbehaltene Eigentum mit einer bestimmten Forderung, der Kaufpreisforderung, verknüpft sei, deren Schicksal wesentlich leichter zu verfolgen sei als das aller erdenklichen, möglicherweise gegen den Käufer begründeten Forderungen wessen immer, die durch eine Sicherungsübereignung gesichert sein könnten. (2) Zum anderen seien nachträgliche, nicht erkennbare Belastungen durch Eigentumsvorbehalt nicht möglich; nur die publizitätslose Sicherungsübereignung begründe deshalb die Gefahr, dass ein Kreditsuchender einen Vermögenswert wiederholt zur Sicherung verwendet und auf diese Weise eine große Zahl von Gläubigern schädige (*keine Gefahr der Doppelsicherung*). (3) Ferner entziehe der Eigentumsvorbehalt dem Haftungsfonds des Schuldners keinen Vermögenswert, sondern begünstige die Gläubiger sogar eher; denn die Überlassung von Besitz und Nutzungsmöglichkeit versetze den Schuldner in die Lage, das seinen Gläubiger zur Verfügung stehende Vermögen zu vermehren (*Argument der Förderung des Haftungsfonds);* dem entspricht wohl der in Deutschland anzutreffende Standpunkt, das Interesse der ungesicherten Gläubiger, auf die unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren greifen zu können, verdiene deshalb keinen Schutz, weil in der Vorbehaltsware ein dem Käufer zugutekommendes wirtschaftliches Opfer des Verkäufers stecke (*Westermann* in MünchKomm-BGB⁸ § 449 Rz 3 bei FN 7 mit weiteren Hinweisen). (4) Auch meint man, die Eigentumsvorbehaltsabrede nähere den Kreditkauf wieder dem vom Gesetz für den Regelfall aufgestellten Zug-um-Zug-Prinzip der Abwicklung an (dazu *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 450 ff und 463; siehe auch *Spielbüchler*, FS 200 Jahre ABGB 1433 [1434] und – in anderem Zusammenhang auch *U. Huber*, ZIP 1987, 750 [754 f]); das legitimiere eine bevorzugte Sicherung der Kaufpreisschuld (*Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1063 Rz 27; *Wiegand* in Wiegand, Mobiliarsicherheiten 75 [83]). (5) Und schließlich sei generell mit dem höchst üblichen Eigentumsvorbehalt stets zu rechnen (*Üblichkeitsargument*; *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 465; *derselbe*, FS Kaneti 11 [17]); bisweilen wird sogar das Gewohnheitsrecht bemüht (*Mayrhofer*, ÖJZ 1969, 197 [202 FN 31]; *Faber*, ALJ 2015, 209 [231]). Zuletzt hat man argumentiert, dass der Eigentumserwerb schlicht deswegen scheitere, weil mangels unbedingter dinglicher Einigung nicht alle Voraussetzungen für den Eigentumserwerb vorlägen (*P. Bydlinski*, ALJ 2015, 247 [248]); damit entstehe – wie wohl zu ergänzen ist – sozusagen als Reflexwirkung des gescheiterten Erwerbs das publizitätslose Sicherungsrecht des Verkäufers.

ist[1194]. Vor allem merkt man kritisch an, wer den Eigentumsvorbehalt besonders behandle, indem er auf das Faustpfanderfordernis verzichte, bevorzuge Warenkreditgeber vor Geldkreditgebern in bedenklicher Weise[1195]. Zweifel an einem dogmatisch friktionsfreien Nebeneinander von Eigentumsvorbehalt und Faustpfandprinzip klingen besonders häufig an, wenn es darum geht, Argumente für die Einführung eines Mobiliarpfandregisters zu finden[1196].

3. Um zu begründen, weshalb das Insolvenzrecht den Vorbehaltsverkäufer großzügiger behandelt als den Faustpfandgläubiger, ist eine Vielzahl von Überlegungen angestellt worden (FN 1193). Alle Argumente eingehend zu würdigen und gegeneinander abzuwägen, ist für die hier anzustellende Untersuchung nicht der richtige Ort[1197]; dies scheint in diesem Rahmen ohnedies nicht erforderlich. Die breite Diskussion macht aber evident, dass derzeit generell – also sowohl mit Blick auf den Eigentumsvorbehalt im Besonderen, als auch was insolvenzfeste Ansprüche im Allgemeinen betrifft – kein anerkanntes und in sich schlüssiges Konzept vorliegt, das zu erklären vermag, weshalb manche Gläubiger eine insolvenzfeste Position genießen, obwohl kein Vermögenswert in ihre Gewahrsame übertragen wurde. Denn nur **Gläubigergewahrsame** kann die Insolvenzfestigkeit der Gläubigerposition rechtfertigten – unabhängig davon, ob man mit der herrschenden Auffassung auf den Publizitätsgedanken rekurriert oder, der hier vorgestellten These folgend, Vertrauensschutz infolge Dispositionsentziehung als maßgebend ansieht. Fehlt es an Gläubigergewahrsame, steht keiner der Begründungswege offen. Eine andere, allgemein anerkannte Rechtfertigung von insolvenzfesten Gläubigerpositionen in solchen Konstellationen scheint die Lehre bisher nicht geliefert zu haben. Gemeinhin weist man lediglich darauf hin, dass grund-

1194 *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 10: „mangels Publizität stark unbefriedigende Ergebnisse“; *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, Schuldrecht Besonderer Teil² 52: „eine gewisse Inkonsequenz, weil auch bei ihm das Faustpfandprinzip umgangen wird.“ Offen ausgesprochen werden Zweifel an einer ausreichenden methodischen Fundierung der Verschiedenbehandlung ferner bei *Schwind* in Schwind, Europarecht 61 (64 f), *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1389), *Hödl*, Lieferantenpool 37 f, und bei *Ulrich*, QuHGZ 1969, 5 (10), der den Versuch, diese Frage dogmatisch zu beantworten, als gescheitert ansieht, weil die Gründe dafür nicht dogmatischer, sondern rechtspolitischer Natur seien.

1195 Siehe dazu *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 125 FN 692; *Harrer*, Sicherungsrechte 94, 123 f, 126; *Schoneweg*, Eigentumsvorbehalt 187 ff. Vorbehalte diesbezüglich klingen aber wohl sogar bei *F. Bydlinski*, FS Kaneti 11 (18), an. Zur Abgrenzung und den wirtschaftlichen Aspekten von Warenkredit und Geldkredit anschaulich *Ulrich*, QuHGZ 1969, 5 (6).

1196 *Hofmeister*, ÖJZ 1989, 754 (754); *Rechberger*, NZ 2002, 2 (4); explizit offenlassend *Schauer*, Register für Mobiliarsicherheiten 1 (5). Derartiges ist in der Schweiz speziell für den Eigentumsvorbehalt gesetzlich vorgesehen (Art 715 Abs 1 ZGB); dazu näher *Wiegand* in Wiegand, Mobiliarsicherheiten 75 (85 ff).

1197 Vgl die eingehende und kritische (teilweise überzeugende) Auseinandersetzung bei *Schoneweg*, Eigentumsvorbehalt 187 ff.

sätzlich ein Gleichlauf zwischen der materiellrechtlichen (dinglichen) Vermögenszuordnung und der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung besteht[1198]: Auf der einen Seite finden sind schuldrechtliche Ansprüche, beschränkte dingliche Rechte und das Eigentum; dem entsprechen auf der anderen Seite Insolvenzforderungen, Absonderungsrechte und Aussonderungsrechte[1199]. Damit bleibt aber nach wie vor unbeantwortet, weshalb in manchen Konstellationen die Hürde des Faustpfandprinzips genommen werden muss und in anderen nicht.

4. Ein in sich stimmiges Konzept zum Stellenwert des Faustpfandprinzips innerhalb des Systems aller insolvenzfesten Gläubigerpositionen zu entwickeln, scheint kaum zu bewältigen, ohne in einer umfassenden Analyse fundamentale Überlegungen zu den maßgebenden Kriterien der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung und ihrem Verhältnis zur zivilrechtlichen Vermögenszuordnung anzustellen[1200]. Erforderlich wäre hierfür eine breit angelegte Untersuchung, die über den gesteckten Rahmen weit hinausginge; darauf muss die vorliegende Arbeit verzichten. Im Folgenden soll aber immerhin versucht werden, das dogmatische Fundament zumindest in einem solchen Ausmaß zu errichten, das genügt, um die zuvor entwickelte These von der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung als ein mangelfreies Konstrukt und daher als stabil zu bewerten.

2. Bisherige Ansätze

1. Soll belegt werden, dass die These von der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung allgemeine Gültigkeit hat, braucht es eine Antwort auf folgende Frage: Warum sieht das Insolvenzrecht dieselbe Gläubigerprivilegierung vor, wenn keine Dispositionsentziehung gegeben ist und der Gläubiger somit nicht darauf vertrauen darf, dass der betreffende Vermögenswert auch in Zukunft Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds sein wird. Derselbe Erklärungsbedarf besteht – wie zuvor dargelegt (S 294 f) –, wenn man mit der klassischen Sichtweise allein die Publizität als Voraussetzung (und als Rechtfertigung[1201]) für die insolvenzfeste Position des Sicherungsnehmers ansieht. Es scheint daher wiederum nützlich, im Ausgangspunkt an

1198 Vgl etwa *Stadler*, Vertrauensschutz 262; *Eckardt*, KTS 2005, 15 (21), jeweils aber in der Folge mit deutlicher Relativierung dieses Grundsatzes.

1199 Siehe etwa *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 3: materielle Rechtslage beziehungsweise – insbesondere bei Treuhandverhältnissen – wirtschaftliche Zugehörigkeit entscheiden.

1200 Zur Maßgeblichkeit des Verhältnisses *von haftungsrechtlicher und dinglicher Zuordnung* für die Stellung des Gläubigers in der Insolvenz etwa *H. P. Westermann* in Westermann, Sachenrecht[8] § 2 I.1 (S 22); *Eckardt*, KTS 2005, 15 (21 ff); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 11.02 ff; *Stadler*, Verkehrsschutz 262.

1201 Zum Erfordernis der Rechtfertigung der Gläubigerprivilegierung mit den durch das Faustpfandprinzip herbeigeführten Wirkungen und zur Untauglichkeit des allein auf

schon angestellte Überlegungen auf Basis des herrschenden Verständnisses anzuknüpfen, wo diese Problematik bereits Gegenstand der Diskussion war.

Weit verbreitet scheint die Auffassung, dass die bevorzugte Gläubigerstellung in der Insolvenz bloß **Konsequenz der materiellrechtlichen (dinglichen) Vermögenszuordnung** ist, die in der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung ihren Niederschlag findet[1202]. Allein der Hinweis auf den Gleichlauf mit der materiellen Rechtslage vermag jedoch nicht zu erklären, weshalb in manchen Fällen auf das Faustpfanderfordernis verzichtet wird, in anderen aber nicht. Ein solcher Hinweis verlagert die Frage lediglich ins materielle Recht. Weiterhin unbeantwortet bleibt dabei, weshalb insolvenzfeste Positionen aus dinglichen Sicherungsrechten durchwegs nur bei Gewahrsamsübertragung entstehen (Pfandrecht/Sicherungsübereignung), in anderen Fällen hingegen kein derartiges Erfordernis aufgestellt wird (Eigentumsvorbehalt sowie in Bestand gegebene/entlehnte/hinterlegte Sachen). Hinzu kommt, dass der behauptete Gleichlauf zwischen der materiellrechtlichen (dinglichen) Vermögenszuordnung und der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung bei näherem Hinsehen wohl ohnehin keine verlässliche Richtschnur abgibt. So werden zwar gemeinhin[1203] die vermögensrechtlichen Kategorien (schuldrechtlicher Anspruch/beschränktes dingliches Recht/dingliches Vollrecht) in die entsprechenden haftungsrechtlichen Instrumente (Insolvenzforderung/Absonderungsrecht/Aussonderungsrecht) übersetzt. Die Gleichung scheint allerdings überaus grob formuliert. Im Detail hat sich nämlich eine funktionelle Differenzierung herausgebildet; die Zugehörigkeit zum Haftungsfonds und die insolvenzfeste Gläubigerposition hängen von verschiedensten Begleitumständen ab[1204]: So sind Haftung und Eigentum etwa bei der Treuhand, bei der Ersatzaussonderung (§ 44 Abs 2 IO), beim Verfolgungsrecht (§ 45 IO) sowie im Rahmen der Insolvenzanfechtung (§§ 27 ff IO) voneinander entkoppelt. Und da das Insolvenzrecht den Sicherungseigentümer als Absonderungsberechtigten behandelt (§ 10 Abs 3 IO), berechtigt das dingliche Vollrecht keineswegs stets zur Aussonderung[1205]. Umgekehrt sind zahlreiche Fälle anerkannt, in denen obligatorische Positionen Aussonderungsansprüche begründen[1206]. Dass das Insolvenzrecht somit mehrfach vom Grundkon-

den überindividuellen Vertrauensschutz abstellenden herrschenden Ansatzes oben S 269 ff.

1202 Unmittelbar oben S 297 FN 1198. Dazu und zum Folgenden bereits *Riss*, FS Iro 401.

1203 Vgl oben S 297 mit Nachweisen.

1204 Dazu und zum Folgenden *Stadler*, Verkehrsschutz 262.

1205 Darauf weist etwa *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 11.04, deutlich hin.

1206 Dass nicht nur dingliche Rechte zur Aussonderung berechtigen, folgt schon aus dem Wortlaut von § 44 Abs 1 IO (OGH 6 Ob 2352/96t in SZ 70/63). Dies betonen im gegebenen Zusammenhang *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 38 Rz 20; *Eckardt*, KTS 2005, 15 (21 und 24: Erklärung dieses Phänomens bemerkenswert unklar); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 11.14 ff. Jüngst eingehend *Spitzer*, Aussonderung *passim*. Zur Rechtsnatur der Aussonderung anschaulich *Berger*, FS Kreft 1991

zept abweicht, muss man keineswegs als inkonsistente Rechtslage bewerten; erst wenn man auf solche Weise bei der haftungsrechtlichen Zuordnung differenziert, ist es möglich, sich von der zweidimensionalen Unterteilung des materiellen Rechts in obligatorische und dingliche Ansprüche zu lösen und insolvenzrechtliche Konstellationen sachgerecht aufzulösen[1207]. In der Tat macht man es sich zu einfach, wenn man die materielle (dingliche) und die haftungsrechtliche Vermögenszuordnung ohne weiteres miteinander verknüpft[1208]; das Insolvenzrecht taugt nur bedingt als „Prüfstein der Dinglichkeit"[1209]. Allein die materielle Rechtslage kann demnach nicht ausschlaggebend sein, wenn es darum geht, insolvenzfeste Positionen zuzuweisen[1210]; sie vermag ebenso wenig zu erklären, weshalb in manchen Fällen das Faustpfandprinzip zu beachten ist und in anderen nicht.

2. In der Lehre haben einzelne Stimmen vorgeschlagen, die Verschiedenbehandlung zu rechtfertigen, indem man auf den **Zweck des jeweiligen Geschäfts** abstellt[1211]: Zwar sei einzuräumen, dass Gebrauchsüberlassungsverträge und Austauschgeschäfte, die im Wege eines Besitzkonstituts abgewi-

---

(192 ff); siehe ferner schon *Silberstein*, ZHR 1918, 289 (348). Auf den dogmatischen Hintergrund der Zulassung obligatorischer Aussonderung wird auf Basis der hier entwickelten Auffassung noch einzugehen sein (unten S 305 f FN 1226).

1207 *Stadler*, Verkehrsschutz 262, die zutreffend anmerkt, dass der Preis dafür zu zahlen ist, indem man einen klar umgrenzten Eigentumsbegriff aufgibt. Diese Schwierigkeiten sehen auch *Eckardt*, KTS 2005, 15 (25 f) und *Mayrhofer*, FS Schnorr 673 (697 f im Zusammenhang mit der relativen Wirksamkeit von Verfügungen).

1208 Siehe etwa *Eckardt*, KTS 2005, 15 (21 ff); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 11.02 ff. Um die Inkonvergenz aufzulösen, hat man diverse Alternativkonzepte entworfen: Nach *Häsemeyer* beruht die Haftungsordnung auf dem Gedanken des Gläubigereinflusses auf das Schuldnervermögen (eingehend aaO Rz 2.24 ff; *derselbe*, KTS 1982, 507 [insbesondere 515 ff]); daraus leitet er ab, für die haftungsrechtliche Zuordnung eines Vermögenswerts (Aussonderungsrecht, Absonderungsrecht oder Insolvenzforderung) sei maßgebend, ob der Berechtigte mit dem Substanzwert des von ihm beanspruchten Vermögenswerts Einfluss auf das Vermögen des Schuldners genommen und darin entsprechende Umsetzungen bewirkt hat, oder ob Vermögenswerte nicht mit ihrem Substanzwert (sondern etwa nur mit ihrem Nutzungswert oder zwecks Fremdverwaltung [Treuhand]) in das Vermögen des Schuldners einbezogen worden sind (im Kern ähnlich wohl die Überlegungen bei *Koziol*, FS Wesener 267 [274 f]). Vgl ferner das Referat weiterer Lösungsansätze bei *Eckardt*, KTS 2005, 15 (24 f mit weiteren Hinweisen). Die zum deutschen Rechtsbereich entwickelten, durchaus diskussionswürdigen Ansätze sind hier jedoch nicht weiter zu verfolgen, weil dort anders als in Österreich das Faustpfandprinzip für die Begründung insolvenzfester Positionen de facto keine Rolle spielt (oben S 253 FN 1035); einschlägige Überlegungen aus Deutschland lassen diesen in der österreichischen Sichtweise zentralen Aspekt daher unberücksichtigt und besitzen mangels ausreichender Differenzierung für die heimische Rechtslage nur geringe Aussagekraft.

1209 *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 38 Rz 20; *Eckardt*, KTS 2005, 15 (21).

1210 Explizit *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 11.05; *Eckardt*, KTS 2005, 15 (22).

1211 *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 109 ff.

ckelt werden, den Verkehr gleichermaßen über den Haftungsfonds täuschen können wie eine publizitätslose Sicherungsübereignung; die Gewahrsamsübertragung sei aber wegen des Charakteristikums der Sicherungsübereignung erforderlich, denn nur sie verfolge den gleichen rechtlichen Zweck wie das Pfandrecht. Auch dieser Ansatz bietet meines Erachtens aber wohl keine restlos zufriedenstellende Antwort. Meint man es damit ernst, dass das Faustpfandprinzip bezweckt, das überindividuelle Vertrauen auf den Haftungsfonds zu schützen[1212], wird allein der Zweck des Geschäfts nicht genügen, um einen Dispens vom Gebot zu erteilen, dass die Nichtzugehörigkeit von Vermögenswerten zum Haftungsfonds erkennbar sein muss. Da der Geschäftszweck in der Regel nicht nach außen in Erscheinung tritt, entfaltet er keine Wirkungen auf die (Fehl-)Einschätzung des Verkehrs vom jeweiligen Haftungsfonds. Ebenso wenig taugt dieser Erklärungsansatz, wenn man das Faustpfandprinzip – nach dem hier vorgestellten Ansatz – (auch) als Garant für die Dispositionsentziehung und für das damit begründete individuelle Gläubigervertrauen auf die fortbestehende Zugehörigkeit zum Haftungsfonds ansieht: Es lässt sich nicht nachvollziehbar begründen, weshalb der Gläubiger beim Erwerb des Vollrechts in geringerem Ausmaß damit rechnen muss, dass der Schuldner den Vermögenswert dem Haftungsfonds entzieht, indem er faktisch oder rechtlich darüber verfügt; die Gefahr der „ätherischen Flüchtigkeit" und der dynamischen Größe des Haftungsfonds[1213] ist in beiden Fällen – mit und ohne Sicherungszweck des jeweiligen Geschäfts – gleichermaßen gegeben; in beiden Fällen braucht es daher die Dispositionsentziehung durch Gewahrsamsübertragung, will man eine insolvenzfeste Position rechtfertigen.

In eine ähnliche Kerbe schlägt ein weiteres von *Frotz*[1214] vorgebrachtes Argument: Der Sicherungszweck des Geschäfts sei deswegen ausschlaggebend, weil er Kreditbedürftigkeit des Schuldners indiziere; die Gefahr von Täuschungen des Verkehrs sei bei solchen Schuldnern ungleich höher als bei Geschäften ohne Sicherungszweck. Mit dieser Beobachtung legt man meines Erachtens aber kein ausreichendes Gewicht in die argumentative Waagschale: Konsequent weitergedacht müsste man demnach nach dem ersten – womöglich einmaligen – Sicherungsgeschäft eines Schuldners für jedweden weiteren Rechtserwerb durch denselben Schuldner das Faustpfandprinzip anwenden; damit wäre es etwa nicht mehr möglich, dass Kreditnehmer Austauschgeschäfte mittels Besitzkonstitut abwickeln.

3. Schließlich hat man versucht, die unterschiedlichen Anforderungen für insolvenzfeste Positionen mit der rechtstatsächlichen Struktur der jeweiligen Konstellationen zu begründen. Solche **strukturellen Unterschiede** hat das Schrifttum mit Blick auf die Verschiedenbehandlung von Sicherungsübereig-

1212 Nachweise zu herrschenden Auffassung oben S 251 f FN 1031.
1213 Dazu oben S 272 mit Nachweisen.
1214 Kreditsicherungsrecht 111 f.

nung und **Eigentumsvorbehalt** wiederholt herausgestrichen[1215]: Während bei der Sicherungsübereignung Eigentum übertragen wird, bleibt es beim Eigentumsvorbehalt dort, wo es ist. Anders formuliert: In dem einem Fall ändert sich die Rechtslage (Sicherungsübereignung); im anderen Fall wird die bestehende Rechtslage aufrechterhalten (Eigentumsvorbehalt). Zwar ist nicht zu bestreiten, dass hierin ein Spezifikum des Eigentumsvorbehalts liegt, dennoch wurde es durchwegs abgelehnt, so den Verzicht auf das Faustpfandprinzip erklären zu können[1216]. Es lohnt jedoch, bei diesem Ansatz, der anhand des **unterbliebenen Eigentümerwechsels** differenziert, kurz innezuhalten, denn er gibt Anlass, den Betrachtungswinkel zu erweitern. Prima vista scheint das dabei betonte faktische Moment stets verwirklicht, wenn eine insolvenzfeste Position gewährt wird, ohne dass Gläubigergewahrsame am betreffenden Vermögenswert bestehen muss – konkret also nicht nur beim Eigentumsvorbehalt, sondern ebenso bei in Bestand gegebenen, entlehnten und verwahrten Sachen. Man könnte sich von dieser strukturellen Besonderheit also eine Fährte erhoffen, die zum gesuchten Abgrenzungskriterium führt. Doch näher besehen hilft auch dieser Gedanke nicht weiter. Zu bedenken ist nämlich das Faustpfand als die Grundkonstellation eines Sicherungsrechts mit Gewahrsamserfordernis; daran zeigt sich, dass der unterbliebene Eigentümerwechsel im Allgemeinen nicht das entscheidende Kriterium sein kann: Bei Sicherung durch Faustpfand wechselt die Eigentümerposition am betreffenden Vermögenswert gerade nicht; dennoch setzt eine insolvenzfeste Position Gewahrsamsübertragung voraus.

3. Eigener Lösungsversuch: Gefährdung des Befriedigungsrechts infolge (fehlenden) Schuldnereigentums reduziert

1. Der zuletzt erörterte Ansatz (unterbliebener Eigentümerwechsel) hat sich als untauglicher Erklärungsversuch erwiesen; dennoch sollte man es nicht endgültig abtun, an solche strukturellen Besonderheiten anzuknüpfen, wenn es unterschiedliche Erfordernisse für eine insolvenzfeste Gläubigerposition zu begründen gilt. Dazu müssen die vorhandenen Überlegungen lediglich nachjustiert werden. Mit geschärftem Blick kann man in der Tat eine strukturelle Gemeinsamkeit bei insolvenzfesten Positionen ohne Gläubigergewahrsame am Vermögenswert feststellen: Der **Schuldner** war **zu keinem Zeitpunkt Eigentümer des Vermögenswerts** – also weder nach Begründung noch vor Begründung der insolvenzfesten Position des Gläubigers. Sowohl beim Vorbehaltskäufer als auch beim Bestandnehmer, beim Entlehner und beim Verwahrer ist dieses rechtstatsächliche Spezifikum anzutreffen – somit

1215 *Mayrhofer,* ÖJZ 1969, 197 (197 und 201); *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB^2 IV/2, 461; *Wiegand* in Wiegand, Mobiliarsicherheiten 75 (83 f), spricht von „mehr oder weniger grossen strukturellen Unterschieden".

1216 Siehe die Nachweise in der vorhergehenden FN 1215.

in allen Fällen, in denen eine insolvenzfeste Position gewährt wird, ohne dass Gläubigergewahrsame am Vermögenswert erforderlich ist. Genau anders liegen die Dinge bei Pfandrecht und Sicherungsübereignung, wo die Kautelen des Faustpfandprinzips einzuhalten sind: Hier ist der Schuldner entweder weiterhin Eigentümer (Pfandrecht) oder er hatte diese Rechtsstellung zumindest in der Vergangenheit inne (Sicherungsübereignung).

Damit kristallisiert sich für insolvenzfeste Positionen ohne Gläubigergewahrsame ein **Abgrenzungskriterium** heraus, das man prägnant als **fehlendes Schuldnereigentum am Vermögenswert** betiteln kann. Auf den ersten Blick mag man hinter diesem Befund bloß eine wenig aussagekräftige Selbstverständlichkeit vermuten. Wie sogleich zu zeigen ist, lässt sich damit jedoch rechtfertigen, weshalb die Rechtsordnung insolvenzfeste Positionen in bestimmten Fällen nur anerkennt, wenn Gläubigergewahrsame besteht, in anderen jedoch großzügiger ist.

2. Die herrschende Auffassung sieht die Funktion der Gewahrsamsübertragung, das heißt des Faustpfandprinzips, in ihren/seinen Wirkungen auf das überindividuelle Vertrauen; nach dem hier vorgestellten Ansatz ist hingegen entscheidend, dass die Gewahrsame individuelles Vertrauen des konkreten Gläubigers begründet. Nach beiden Sichtweisen lässt sich ein Verzicht auf die grundsätzlich erforderliche Gewahrsame nur begründen, wenn sich die **Vertrauenssituation ändert**. Hier kommt der eben als Gemeinsamkeit identifizierte Umstand ins Spiel, dass der Schuldner nicht Eigentümer des betreffenden Vermögenswerts war. Er bildet meines Erachtens durchaus einen Faktor, der für die Vertrauenssituation bestimmend ist. Legt man die hier entwickelte These von der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung zugrunde, lässt sich folgende Argumentation entwickeln: Wenn das positive Recht beim Gewahrsams-/Faustpfanderfordernis differenziert, muss Ursache dafür sein, dass die **Gefahr für das Befriedigungsrecht des Gläubigers** verschieden stark ausgeprägt ist. Denn die Gewahrsamsübertragung will Dispositionsentziehung herstellen, um so die Gefahr zu beseitigen, dass das Befriedigungsrecht am betreffenden Vermögenswert beeinträchtigt wird; daraus entsteht berechtigtes Vertrauen des konkreten Gläubigers auf den schuldnerischen Haftungsfonds[1217]. Die Gefahr, dass das Befriedigungsrecht am betreffenden Vermögenswert beeinträchtigt wird, kann in ihrem Ausmaß variieren. Je höher die Gefahr, desto mehr braucht es, um ein schutzwürdiges Vertrauen des konkreten Gläubigers zu begründen. In der Tat kann man das Ausmaß dieser Gefahr damit in Relation setzen, ob (a) der Schuldner vor Einräumung der insolvenzfesten Position kein Eigentum am konkreten Vermögenswert hatte oder ob (b) dies doch der Fall war:

(a) Weder der **Vorbehaltskäufer** noch der **Bestandnehmer/Entlehner/Verwahrer** haben und hatten Eigentum am Vermögenswert. Deshalb ist es

1217 Oben 3. Kapitel § 4 C.III; S 258 ff.

ihnen in der Regel kaum möglich, gegenüber sorgfältigen potentiellen Erwerbern liquide darzulegen, dass sie ausreichend berechtigt sind, über den Vermögenswert zu Gunsten Dritter zu verfügen. Denn wer niemals Eigentümer war, kann unter normalen Umständen kein entsprechendes Erwerbsgeschäft und ebenso wenig eine sonstige unverdächtige Bescheinigung präsentieren, um sich gegenüber Dritten (potentiellen Erwerbern) als Eigentümer oder als verfügungsberechtigt auszuweisen[1218]. In solchen Konstellationen besteht daher (relativ betrachtet) nur **geringes Risiko**, dass Dritte bei Aufwendung der gebotenen (= der von § 367 ABGB geforderten) Sorgfalt über die Eigentümerstellung des Schuldners am Vermögenswert getäuscht werden und gutgläubig Rechte daran erwerben. Damit besteht folglich (relativ betrachtet) nur geringes Risiko, dass der Schuldner das Befriedigungsrecht des Gläubigers am Vermögenswert beeinträchtigt. Mit anderen Worten: Das Befriedigungsrecht am Vermögenswert ist weniger gefährdet, wenn der Schuldner niemals Eigentümer des Vermögenswerts war.

(b) Riskanter ist die Situation aus der Warte des Gläubigers, wenn ihm der Schuldner ein **Pfandrecht** einräumt oder **Sicherungseigentum** überträgt: Hier war der betreffende Vermögenswert zuvor im Eigentum des Schuldners (Sicherungseigentum) oder ist es sogar noch immer (Pfandrecht). Als (ehemaligem) Eigentümer fällt es dem Schuldner nicht schwer, gegenüber potentiellen Erwerbern weiterhin ein Recht glaubhaft zu behaupten, wenngleich er es zwischenzeitig verloren (Sicherungsübereignung) oder belastet hat (Pfandrecht); denn er kann entsprechende Urkunden oder ähnliche Nachweise vorlegen, die aus seinem früheren Erwerb herrühren. Verzichtet man darauf, dass er die Gewahrsame am Vermögenswert an den Gläubiger zu übertragen hat, wird es ihm leichtfallen, das fremde, zwischenzeitig begründete Sicherungsrecht zu verschweigen[1219]; ohne Gewahrsamsübertragung ist das fremde Recht für potentielle Erwerber in der Tat nicht erkennbar. Ohne Pflicht, die Gewahrsame am Vermögenswert aufzugeben, wäre es für den Schuldner in dieser Fallgruppe also weniger schwer, eine objektiv unverdächtige Erwerbssituation herzustellen und auszunutzen. Wirksame Verfügungen des Schuldners zugunsten gutgläubiger Dritter wären damit wahrscheinlicher. Das Befriedigungsrecht des Gläubigers zu beeinträchtigen, wäre für ihn leichter möglich. Ohne verpflichtende Gewahrsamsübertragung dürfte sich der Gläubiger nicht darauf verlassen, dass der betreffende Vermögenswert trotz eines ihm eingeräumten Befriedigungsrechts (Pfandrecht oder Siche-

---

1218 Im Kern ist dieser Gedanke bereits bei *Mayrhofer* (ÖJZ 1969, 197 [202]) und *F. Bydlinski* (in Klang/Gschnitzer, ABGB^2 IV/2, 461 f) anzutreffen: Sie weisen darauf hin, dass beim Eigentumsvorbehalt – anders als beim Pfandrecht und bei der Sicherungsübereignung – potentielle Gläubiger in der Lage sind, zu eruieren, ob ein Eigentumsvorbehalt vorliegt, indem sie Rechnungen und Zahlungsbelege überprüfen. Dies gilt umso mehr bei in Bestand gegebenen, entlehnten und verwahrten Sachen.

1219 Darauf weist etwa auch *Spitzer*, JBl 2014, 556 (559) hin.

rungseigentum) Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleiben wird; damit wäre es – wie ausgeführt[1220] – nicht gerechtfertigt, ihm eine insolvenzfeste Position zu gewähren.

In der Gegenüberstellung der beiden Fallgruppen – bestehendes und nicht bestehendes Schuldnereigentum am Vermögenswert – tritt somit ein konkreter Gedanke zutage, der die Verschiedenbehandlung zu erklären vermag: Gäbe es kein Faustpfanderfordernis, wäre es für den Schuldner einfach, ein fremdes Sicherungsrecht am Vermögenswert gegenüber potentiellen Erwerbern zu verschweigen; auch ohne Faustpfanderfordernis bleibt es für den Schuldner aber schwer, Eigentum daran vorzugaukeln, wenn er selbst niemals Eigentümer war. Noch abstrakter formuliert lässt sich sagen: Bei Vermögenswerten, die im Eigentum des Schuldners standen (Sicherungsübereignung) oder sogar weiterhin stehen (Pfandrecht), wäre ohne Gewahrsamsübertragung die **Gefahr** eminent **erhöht**, dass der Schuldner das Befriedigungsrecht beeinträchtigt, indem er zugunsten gutgläubiger Dritter verfügt; durchwegs könnte er weiterhin den **Anschein** erwecken, **kraft Eigentümerstellung berechtigt** zu sein, und das zwischenzeitig begründete Sicherungsrecht verheimlichen. Oder nochmals aus einem anderen Blickwinkel betrachtet: Stand der Vermögenswert **niemals im Eigentum** des Schuldners, ist die **Gefahr** für das Befriedigungsrecht daran relativ **gering**; denn dem Schuldner fällt es schwer, über den Vermögenswert wirksam zugunsten Dritter zu verfügen, zumal er keine objektiv unverdächtige Erwerbssituation herstellen kann.

3. Dass es zulässig ist, sich auf den Anschein der fortbestehenden Berechtigung des Schuldners am betreffenden Vermögenswert zu berufen, belegt meines Erachtens ein Blick auf das Stellvertretungsrecht. Dort kommt ein paralleler Gedanke zum Ausdruck: § 1026 ABGB schützt das Vertrauen darauf, dass eine erteilte, zwischenzeitig aber widerrufene Vollmacht weiterbesteht[1221]; das Stellvertretungsrecht des ABGB statuiert damit einen **Rechtsscheintatbestand**, der das **Vertrauen auf eine mittlerweile überholte Rechtslage** schützt[1222]. Die Frage der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht ist jener der sachenrechtlichen Verfügungsbefugnis durchaus verwandt[1223]. Die gesetzliche Regelung aus dem Stellvertretungsrecht erscheint wertungsmäßig der hier interessierenden sachenrechtlichen Problematik ausreichend rechtsähnlich, um ihren Grundgedanken sinngemäß zum Einsatz zu bringen. So lässt sich das zuvor hergeleitete Ergebnis weiter absichern: War der

1220 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.2; S 265 ff.

1221 Gleiches gilt für die deutsche Rechtslage; vgl §§ 170 ff BGB.

1222 Eingehend *Canaris*, Vertrauenshaftung 32 ff und 134 ff; *Frotz*, Verkehrsschutz 265 ff und 284 ff. Ferner etwa *P. Bydlinski* in KBB, ABGB[7] § 1026 Rz 1 f; *derselbe*, Allgemeiner Teil[9] Rz 9/25; *Schubert* in MünchKomm-BGB[9] § 170 Rz 1 f; *Schäfer* in Hau/Poseck, BeckOK-BGB[64] § 170 Rz 1 f je mit weiteren Hinweisen.

1223 Dazu *Karner*, JBl 2004, 486 (496); *derselbe*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 218; *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] Rz 6/51.

Schuldner Eigentümer des betreffenden Vermögenswerts (Sicherungsübereignung) oder ist er es nach wie vor (Verpfändung), bestünde ohne Faustpfanderfordernis der Rechtsschein fort, dass er noch über ein (unbelastetes) Recht daran verfügt. Ein solcher Anschein erhöht wesentlich das Risiko, dass sorgfältige Dritte auf das unbelastete Eigentum des Schuldners vertrauen; das wiederum erhöht die Gefahr, dass Dritte den Vermögenswert gutgläubig (lastenfrei) erwerben und dadurch das daran bestehende Befriedigungsrecht des Gläubigers beeinträchtigen. Hingegen ist ein solches Risiko wesentlich reduziert, wenn der Schuldner zu keinem Zeitpunkt Eigentümer des betreffenden Vermögenswerts war; dann ist ein adäquater Rechtsschein nämlich weniger wahrscheinlich.

4. Fehlendes Schuldnereigentum am Vermögenswert reduziert demnach die Gefahr für daran bestehende Befriedigungsrechte. Wendet man diese abstrakte These auf konkrete Sachverhalte an, zeigt sich nicht nur, dass die Ergebnisse damit übereinstimmen, wie die herrschende Auffassung insolvenzrechtliche Grundkonstellationen löst. Zudem lassen sich auf diesem Wege jene Rechtsfolgen begründen, die Teile des Schrifttums[1224] als Inkonsequenz der geltenden Rechtslage beklagen: So hat man den Aussonderungsanspruch des **Bestandgebers** in der Insolvenz des Bestandnehmers mit der Gläubigerposition bei Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut gegenübergestellt und nach dem Grund ihrer Verschiedenbehandlung gefragt; in beiden Fällen drohe gleichermaßen eine Täuschung des Verkehrs über den Haftungsfonds des Schuldners, sodass ausgehend vom klassischen Verständnis[1225] zur Funktion des Faustpfandprinzips in beiden Fällen die insolvenzfeste Position des Gläubigers von seiner Gewahrsame abhängen sollte. Die angestellten Überlegungen zeigen jedoch, dass in der Tat ein normativ relevanter Unterschied zwischen den beiden Situationen besteht: Hat der Bestandgeber (Gläubiger) dem Schuldner (Bestandnehmer) das Bestandobjekt zum Gebrauch überlassen, wird daraus kein adäquater Anschein entstehen, dass der Schuldner (Bestandnehmer) Eigentümer des Bestandobjekts ist; denn Urkunden oder sonstige Nachweise über einen Erwerbsvorgang liegen nicht vor. Der Bestandgeber (Gläubiger) ist nur einem geringen Risiko ausgesetzt, seinen Vermögenswert durch Verfügungen des Schuldners zugunsten gutgläubiger Dritter zu verlieren. Der Bestandgeber (Gläubiger) darf davon ausgehen, dass es dem Schuldner nicht leicht fallen wird, sein Eigentum am Bestandobjekt glaubhaft gegenüber sorgfältigen Dritten zu behaupten und dass daher ein gutgläubiger Rechtserwerb nur schwer möglich ist. Da die Durchsetzbarkeit seines Rückstellungs-[1226] oder Herausgabeanspruchs unter

1224 Siehe oben S 294 bei und in FN 1189 mit Nachweisen.

1225 Dazu oben S 250 ff mit Nachweisen.

1226 Wie schon erwähnt (S 298 f bei und in FN 1206 mit Nachweisen) setzen Aussonderungsansprüche keineswegs stets Eigentum des Gläubigers voraus; so kann der Bestandgeber/Verleiher/Hinterleger einer fremden Sache seinen **schuldrechtlichen**

diesen Umständen verhältnismäßig effektiv geschützt ist, ist es legitim, dem Bestandgeber eine insolvenzfeste Position (Aussonderungsrecht) zu gewähren, ohne dass besondere Maßnahmen verlangt werden, die seine Berechtigung durch Dispositionsentziehung (Gewahrsamsübertragung) sichern. Entsprechendes gilt für die Situation beim **Vorbehaltskauf**; deshalb ist es konsequent, dort ebenso wenig die Hürde des Faustpfandprinzips aufzustellen.

Größer ist ein solches Risiko hingegen für den Pfandgläubiger und Sicherungseigentümer, der dem Schuldner die weitere Benützung der verpfände-

---

Rückstellungsanspruch als Aussonderungsberechtigter geltend machen (*Buchegger*, Insolvenzrecht 47; *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 47 Rz 15 ff und 122 ff; *Berger*, FS Kreft 191 [194 f]; *Spitzer*, Aussonderung insbesondere 41 ff); sogenannte *reddere-Ansprüche* (*Eckardt*, KTS 2005, 15 [21]). Die hier entwickelte Auffassung kann meines Erachtens zwanglos erklären, weshalb auch der „bloß" schuldrechtliche Rückstellungsanspruch des Bestandgebers/Verleihers/Hinterlegers eine insolvenzfeste Position verschafft: Ausgangspunkt ist nach der oben (3. Kapitel § 4 C.III; S 258 ff) entwickelten These der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung, dass eine insolvenzfeste Position beim Gläubiger ein berechtigtes Vertrauen darauf voraussetzt, dass der Vermögenswert auch in Zukunft Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds sein wird. In den hier angesprochenen Konstellationen (schuldrechtlicher Rückstellungsanspruch des Bestandgebers/Verleihers/Hinterlegers) ist Objekt des Befriedigungsrechts des Gläubigers ein Vermögenswert, über den der Schuldner sachenrechtlich nicht befugt ist zu verfügen; was den Rückstellungsanspruch des Gläubigers betrifft, droht also keine ätherische Flüchtigkeit des Haftungsfonds (dazu S 272). Außerdem besteht kein Anschein der Eigentümerstellung, es droht also nur geringe Gefahr, dass der rückstellungsverpflichtete Schuldner wirksam zugunsten Dritter verfügt (*kein Risiko des Gutglaubenserwerbs*). Aus diesen beiden Gründen ist das Risiko gering, dass das Objekt des Befriedigungsrechts des Gläubigers (= die zurückzustellende Sache, die in Bestand gegeben/verliehen/hinterlegt wurde) nicht Teil des schuldnerischen Haftungsfonds bleiben wird, selbst wenn keine Dispositionsentziehung/Gewahrsamsübertragung vorliegt. Daher darf der rückstellungsberechtigte Gläubiger – auch ohne Dispositionsentziehung! – darauf vertrauen, dass die zurückzustellende Sache Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt; es ist damit legitim und konsequent, ihm eine insolvenzfeste Position ausnahmsweise auch für den schuldrechtlichen Rückstellungsanspruch auf diesen Vermögenswert zu gewähren. Gleichzeitig lässt sich beantworten, ob neben dem Rückstellungsbegehren auch weitergehende vertragliche Ansprüche des Gläubigers (etwa auf Räumung des Bestandobjekts von Fahrnissen) bevorzugt zu befriedigen sind, oder bloß als Insolvenzforderung angemeldet werden können: Der Gläubiger darf lediglich darauf vertrauen, dass der zurückzustellende Vermögenswert an sich Teil des Haftungsfonds bleibt; er kann jedoch nicht damit rechnen, dass jene wirtschaftlichen Ressourcen, die zur Erfüllung der Nebenpflicht eingesetzt werden müssten (etwa Geldmittel für die Durchführung der Räumung) Teil des Haftungsfonds bleiben werden. Demnach wäre es nicht gerechtfertigt, auch derartige Ansprüche im Rahmen der Aussonderung zuzulassen. So im Ergebnis, allerdings mit anderem Begründungsansatz *Rathauscher*, Bestandrechte 113 f; OGH 5 Ob 304/81 in SZ 54/100; 8 Ob 294/01w in MietSlg 54.783; *Berger*, FS Kreft 191 [201 ff mit weiteren Hinweisen aus der Rechtsprechung des BGH]).

ten/übereigneten Sache gestattet. Ließe man eine wirksame **Sicherungsübereignung** zu, ohne Gewahrsamsübertragung am Sicherungsgut zu fordern, wäre der Gläubiger der Gefahr, dass ein gutgläubiger Rechtserwerb Dritter sein Befriedigungsrecht beeinträchtigt, in hohem Maße ausgesetzt: Da der Schuldner zuvor selbst Eigentümer war, droht der Anschein, dass sein Recht noch besteht. Der Schuldner hat weniger Schwierigkeiten, gegenüber potentiellen Erwerbern als Berechtigter aufzutreten und ihnen auch bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt einen Erwerb zu ermöglichen. Der Gläubiger muss in dieser Situation (Sicherungsübereignung ohne Gewahrsamsübertragung) demnach mit wirksamen Verfügungen des Schuldners im Hinblick auf den betreffenden Vermögenswert rechnen und darf deshalb nicht mehr auf die fortbestehende Zugehörigkeit des Vermögenswerts zum schuldnerischen Haftungsfonds vertrauen. Um dennoch eine Vertrauenssituation beim Gläubiger herzustellen, die ausreicht, um ihm eine insolvenzfeste Position zu gewähren (hier: Absonderungsrecht), ist es erforderlich, diese erhöhte Gefahr von Verfügungen zugunsten gutgläubiger Dritter zu beseitigen. Das wird nach dem hier vorgestellten Modell bewerkstelligt, indem der Anschein der weiterbestehenden Eigentümerstellung dadurch zerstört wird, dass der Schuldner die Gewahrsame am Vermögenswert aufgeben muss[1227]. Erst dies rechtfertigt es, den Gläubiger in der Insolvenz hinsichtlich dieses Vermögenswerts bevorzugt zu befriedigen.

4. Ungelöste Sonderfälle

Typischerweise besteht somit ein relevanter Unterschied zwischen jenen Fällen, in denen die insolvenzfeste Position voraussetzt, dass das Faustpfanderfordernis eingehalten wurde (Pfandrecht, Sicherungsübereignung) und solchen, wo dies nicht der Fall ist (Eigentumsvorbehalt, Inbestandgabe, Leihe, Verwahrung). Mit dem Abgrenzungskriterium des **fehlenden Schuldeigentums** kann man die Verschiedenbehandlung grundsätzlich in allen angesprochenen Konstellationen, insbesondere im Verhältnis zwischen Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, auf sachen- und insolvenzrechtliche Wertungen zurückführen. Allerdings verbleiben dennoch Fallgruppen, für die dieses Begründungsmodell scheinbar keine adäquate Erklärung bieten kann: Die Rede ist insbesondere vom „gewöhnlichen“ Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut, von der Treuhand und der Stellung des Kommittenten (§ 392 Abs 2 UGB).

a. (Schlichter) Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut

1. Wie angesprochen (S 293) ringt die Lehre auf dem Boden des **klassischen Verständnisses** zum Faustpfandprinzip um eine Erklärung dafür, weshalb die Kautelen nach §§ 451, 452 ABGB für Pfandrecht und Sicherungsübereig-

1227 Oben 3. Kapitel § 4 C.III; S 258 ff.

nung, nicht aber für den Vollrechtserwerb gelten sollen, wo doch der Verkehr dabei gleichermaßen in seinem Vertrauen auf den Haftungsfonds gefährdet erscheint wie beim Erwerb eines Sicherungsrechts mittels Besitzkonstitut[1228]. Versuche, hierfür eine fundierte dogmatische Begründung zu liefern, sind rar. *Frotz*[1229] bringt das Argument vor, entscheidend sei, welchen Zweck der Rechtserwerb verfolge: Nur der Abschluss eines Sicherungsgeschäfts deute stets auf besonderen Kreditbedarf hin, sodass (nur) in diesen Fällen mit einer relevanten Täuschungsgefahr betreffend den Haftungsfonds zu rechnen sei[1230], dem mithilfe des Faustpfandprinzips vorzubeugen sei. Dem Ansatz von *Frotz* lässt sich jedoch entgegenhalten, dass eine solche Gefahr von Täuschungen oder mehrfachen Verfügungen des Schuldners über den in seiner Gewahrsame verbliebenen Vermögenswert nicht weniger droht, wenn er Eigentum daran durch Besitzkonstitut übertragen hat. Denn veräußert der Eigentümer seine Sache mit der Abrede, sie weiterhin in der Gewahrsame zu behalten, indiziert das typischerweise, dass er nach wie vor ein Nutzungsinteresse daran hat. Wenn er die Sache trotz Nutzungsinteresses dennoch veräußert, ist regelmäßig Finanzierungsbedarf anzunehmen[1231]. Nach *Frotz*' Argumentation führt das zu dem Schluss, dass die Täuschungsgefahr im Hinblick auf den Haftungsfonds des Schuldners (Veräußerers) bei schlichtem Eigentumserwerb im Wege des Besitzkonstituts nicht geringer ausfällt als bei einem Sicherungsgeschäft. Man könnte meines Erachtens sogar den Standpunkt vertreten, dass ein Schuldner, der einen seiner Vermögenswerte veräußert hat, noch viel eher bereit sein wird, die Sache erneut zu verwerten und dabei den Verkehr über seinen Haftungsfonds zu täuschen als bei Verpfändung oder Sicherungsübereignung: Hat der Schuldner nämlich kein Sicherungsrecht begründet, sondern die Sache veräußert, kommt darin wohl regelmäßig zum Ausdruck, dass es ihm nicht darauf ankommt, die unbelastete Rechtszuständigkeit an der Sache zurückzuerlangen, nachdem er seine Schuld getilgt hat. Damit hat er erkennbar kein Substanzinteresse an der Sache, weshalb noch mehr damit zu rechnen ist, dass er bereit sein wird, ein weiteres Mal (unberechtigt) über die Sache zu verfügen.

2. Ebenso wenig scheint eine Rechtfertigung für die Verschiedenbehandlung des schlichten Eigentumserwerbs durch Besitzkonstitut in Sicht, wenn man

1228 *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 28; siehe ferner etwa *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (insbesondere 1378 und 1390).

1229 Kreditsicherungsrecht 111 f.

1230 Zur erhöhten Täuschungsgefahr bei Kreditbedarf siehe auch die Nachweise oben S 253 f FN 1038.

1231 Man denke nur an das im Wirtschaftsleben als Finanzierungsmodell verbreitete sale-and-lease-back-Modell. Zur Finanzierungsfunktion dieser Vertragskonstruktion etwa *Czermak*, ÖBA 1987, 232 (232 und 234 f); *Pesek* in Schwimann/Neumayr, TaKomm ABGB[5] § 1090 Rz 10; *Bülow*, Kreditsicherheiten[10] Rz 1590; OGH 3 Ob 48/05p in ÖBA 2007, 234. Zur Finanzierungsfunktion des Leasings im Allgemeinen etwa *Canaris*, AcP 190, 410 (414).

sich den hier vorgestellten Thesen anschließt: Sieht man die Funktion des Faustpfandprinzips (auch) in der **Dispositionsentziehung** am Vermögenswert, die dessen fortbestehende Zugehörigkeit zum schuldnerischen Haftungsfonds und damit das Befriedigungsrecht des Gläubigers sichert[1232], und geht man ferner davon aus, dass diese Sicherung entfallen kann, wenn mangels (vormaliger) Eigentümerstellung des Schuldners am Vermögenswert nur eine geringe Gefahr von Verfügungen zugunsten gutgläubiger Dritter besteht[1233], vermag man damit nicht zu erklären, weshalb der schlichte Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut privilegiert ist. Denn in dieser Situation besteht ebenso jener Anschein, dass der Schuldner (Veräußerers) weiterhin berechtigt ist, über den veräußerten Vermögenswert zu verfügen; damit ist das Befriedigungsrecht seines Gläubigers (Erwerbers) in erhöhtem Maße gefährdet. Der Schuldner (Veräußerer) kann den auf seiner ehemaligen Eigentümerstellung beruhenden Anschein nutzen, um sich gegenüber sorgfältigen Dritten als Berechtigter auszuweisen und wirksam zu deren Gunsten über den Vermögenswert zu verfügen. Nach den zuvor angestellten Überlegungen erfordert es diese Konstellation grundsätzlich, das Faustpfandprinzip anzuwenden.

3. In der Tat scheint somit kaum zu erklären, weshalb man die beiden Fälle – Verpfändung/Sicherungsübereignung einerseits und schlichter Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut andererseits – unterschiedlich streng beurteilt. Das lässt Zweifel daran aufkommen, ob man diese Verschiedenbehandlung überhaupt rechtfertigen kann. Ein Blick in den **Gesetzestext** verstärkt die Bedenken: § 428 ABGB verlangt für einen wirksamen Rechtserwerb im Wege des Besitzkonstituts nämlich generell – also nicht bloß für Sicherungsgeschäfte –, dass „der Veräußerer auf eine erweisliche Art seinen Willen an den Tag legt, daß er die Sache künftig im Namen des Übernehmers innehabe". Hierin vermag man durchaus einen Anhaltspunkt dafür zu sehen, dass dem Gesetzgeber die besondere Gefahr auch und sogar für den schlichten Eigentumserwerb im Wege des Besitzkonstituts ohnehin bewusst war und dass er ihr entgegentreten wollte. Die Formulierung von § 428 ABGB erlaubt es meines Erachtens, die gesetzgeberische Absicht zu vermuten, dass auch der schlichte Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut dem Faustpfandprinzip angenähert sein sollte. Das ist auch deswegen nicht ganz abwegig, weil die ältere Rechtsprechung[1234] dieses Tatbestandsmerkmal tatsächlich streng interpretierte: Die Vereinbarung einer Benützungserlaubnis und damit der Eigentumsübergang mussten für den Verkehr erkennbar sein. Zwar ist die heute

1232 Oben 3. Kapitel § 4 C.III; S 258 ff.
1233 Oben 3. Kapitel § 4 C.IV.3; S 301 ff.
1234 OGH Ob II 340/26 in SZ 8/142; weitere Nachweise bei *Klang* in Klang, ABGB² II 324 FN 27.

herrschende Auffassung[1235] von diesem Verständnis wieder abgerückt und legt § 428 ABGB großzügiger aus – gefordert wird bloß, dass der Übertragungswille für den Partner (nicht aber auch für Dritte) klar erkennbar ist. Nicht zu bestreiten ist allerdings, dass der Gesetzeswortlaut und die sich darauf stützende frühere Auffassung ohne weiteres ein Verständnis erlauben, das nach einer **Gleichbehandlung der beiden Fallgruppen** verlangt. Man sollte es demnach meines Erachtens in Betracht ziehen, dass es sich eigentlich **nicht dogmatisch einwandfrei rechtfertigen** lässt, wenn die (heute) herrschende Auffassung den schlichten Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut einerseits und die Verpfändung/Sicherungsübereignung andererseits unterschiedlich behandeln, dass also eine de lege lata systemwidrige Gesetzesanwendung vorliegt. Dass von ihr abzugehen, bislang noch niemand ernstlich gefordert hat, könnte dem Umstand geschuldet sein, dass Sicherheit, Gleichmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des ursprünglich legitimerweise eingeschlagenen Wegs es erlauben können, vom Umschwenken auf eine in der Zwischenzeit methodisch besser begründete Lösung abzusehen[1236].

Es muss auch nicht verwundern, wenn der Gesetzestext selbst es nicht deutlicher ausspricht, dass die Gleichstellung mit dem Faustpfand an sich geboten wäre. Zu bedenken sind die wirtschaftlichen Verhältnisse in der Frühzeit des ABGB und der Stand der damaligen Kautelarjurisprudenz[1237]. Rechtsgestaltungen mit Sicherungs-/Finanzierungsfunktion abseits der Verpfändung und der Sicherungsübereignung sind ein relativ junges Phänomen und waren der älteren Kautelarjurisprudenz gar nicht bekannt[1238]. Damit

1235 *Klang* in Klang, ABGB² II 324; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 428 Rz 2; OGH 2 Ob 100/49 in SZ 22/175; 4 Ob 456/58 in SZ 31/161; 2 Ob 62/59 in JBl 1959, 494; 1 Ob 538/85 in JBl 1985, 672; 6 Ob 644/94 in NZ 1996, 233; RIS-Justiz RS0011187 und RS0011206.

1236 Eingehend dazu *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 501 ff (insbesondere 510); *derselbe*, JBl 2001, 2 (2) je mit weiteren Hinweisen.

1237 Anschaulich *Schwind* in Schwind, Europarecht 61 (63).

1238 Zwar bringt § 428 ABGB – wie erwähnt (unmittelbar oben im Text) – zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber beim Rechtserwerb durch Besitzkonstitut mit einer Gefahrensituation gerechnet hat, doch musste man aus den genannten Gründen im damaligen Umfeld unter der Gefahrensituation, die beim schlichten Eigentumserwerb typischerweise auftritt, wohl eine andere verstehen als jene, der das Faustpfandprinzip entgegen wirken will: Nur bei Vorliegen eines Sicherungsgeschäfts im eigentlichen Sinn musste man damit rechnen, dass beim Schuldner Kreditbedarf besteht und er über einen in seiner Gewahrsame verbliebenen Vermögenswert mehrfach, das heißt auch zugunsten gutgläubiger Dritter verfügen wird, um auf diesem Wege entweder neuerlich Kredit zu erhalten oder gar um den Vermögenswert durch Veräußerung zu versilbern (zu diesem Gedanken siehe die Nachweise oben und S 253 f FN 1038 sowie S 308 bei und in FN 1230); dem konnte man mithilfe der Publizität (so die herrschende Auffassung) oder durch Dispositionsentziehung (so die hier entwickelte These) beikommen. Wurde hingegen ein *schlichter Eigentumserwerb* am betreffenden Vermögenswert behauptet, so war in früherer Zeit – anders als heute (oben S 308) – kaum eine Rechtsgestaltung mit Sicherungsfunktion zu befürchten;

drohte seinerzeit in der Rechtswirklichkeit keine relevante Täuschungs- oder Missbrauchsgefahr. Dem Risiko, dass der ehemalige Eigentümer nach Eigentumsübertragung durch Besitzkonstitut erneut über die Sache verfügt, maß man vermutlich keinen besonderen Stellenwert bei. Es erschien somit methodisch wohl zulässig, sich innerhalb der denkbaren Auslegungsvarianten von § 428 ABGB für jene zu entscheiden, die darauf verzichtet, den (schlichten) Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut und das Pfandrecht gleich zu behandeln. Seitdem hat sich die Kautelarjurisprudenz beträchtlich weiterentwickelt und neue Gestaltungsformen zur Fremdfinanzierung sind weit verbreitet (etwa sale-and-lease-back-Konstruktionen). Meines Erachtens könnte es damit an der Zeit sein, eine Rückkehr zur älteren, zitierten Rechtsprechung[1239] zu erwägen. Nimmt man das Faustpfandprinzip ernst, lässt sich wohl nur auf diesem Wege ein harmonisches Gesamtverständnis erreichen.

4. Dass die herrschende Auffassung beim schlichten Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut davon absieht, die insolvenzfeste Position des Gläubigers (Erwerbers) von den Faustpfanderfordernissen abhängig zu machen, lässt einige dogmatische Fragezeichen aufsteigen. Wer auf diese Fallgruppe und ihre insolvenzrechtlichen Folgen hinweist, hat daher wohl kein durchschlagendes Argument in der Hand, um sich gegen das hier entwickelte **Regel-Ausnahme-System** zu wenden: Danach setzt eine insolvenzfeste Position grundsätzlich voraus, dass durch **Dispositionsentziehung** die fortbestehende Zugehörigkeit des Vermögenswerts zum schuldnerischen Haftungsfonds gesichert ist; eine Ausnahme hiervon besteht jedoch, wenn mangels Anscheins einer (unbeschränkten) Eigentümerstellung beim Schuldner ohnehin keine Gefahr droht, dass der Schuldner über diesen konkreten Bestandteil seines Haftungsfonds wirksam zugunsten gutgläubiger Dritter verfügt (**Kriterium des fehlenden Schuldnereigentums**).

man hatte vielmehr typischerweise ganz im Gegenteil mit einer Täuschung dahingehend zu rechnen, dass der die Gewahrsame behaltende Veräußerer eigentlich nach wie vor Rechtszuständigkeit am Vermögenswert haben soll und behalten will, jedoch nach außen (gegenüber seinen Gläubigern) vorzugeben trachtet, nicht mehr Eigentümer zu sein, um so den exekutiven Zugriff auf eben diesen Vermögenswert zu vereiteln. In diesem Sinne deutet man heute die Stoßrichtung der von § 428 ABGB geforderten „erweislichen Art": Damit soll verhindert werden, dass der Eigentümer mit einem vermeintlichen Erwerber zum Nachteil der Gläubiger etwa bei Exszindierungen unlauter zusammenwirkt (*Spielbüchler* in Rummel, ABGB[3] § 428 Rz 2; *Holzer* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 429 Rz 2; zustimmend *Mader* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.03] § 428 Rz 2).

1239 Oben FN 1234.

b. Treugeber und Kommittent

1. Eine **insolvenzfeste Position** an einem Vermögenswert wird ferner dem Treugeber in der Insolvenz des Treuhänders[1240] und dem Kommittenten in der Insolvenz des Kommissionärs (§ 392 Abs 2 UGB)[1241] zugestanden – und zwar in beiden Fällen, **ohne** dass der Schuldner (Treuhänder/Kommissionär) die Gewahrsame daran aufgegeben haben muss. Wiederum erhebt sich die Frage, weshalb hier Faustpfanderfordernis und Dispositionsentziehung für die insolvenzfeste Position irrelevant sind. Und wiederum scheitert man beim Versuch, dies damit zu rechtfertigen, dass das zuvor[1242] herausgearbeitete **Kriterium des fehlenden Schuldnereigentums** erfüllt ist. Der Schuldner ist gegenüber Dritten als (unbeschränkt) berechtigter Eigentümer hinsichtlich des Vermögenswertes anzusehen (Treuhänder)[1243] oder er besitzt Rechtszuständigkeit an der Forderung (Kommissionär). Hier droht also nicht bloß der Anschein, dass der Schuldner weiterhin berechtigt ist, wirksam über den Vermögenswert zu verfügen; er ist es tatsächlich. Demnach droht noch mehr als bei Pfandbestellung durch Besitzkonstitut die erhöhte Gefahr, dass der Schuldner wirksam zu Gunsten eines Dritten verfügt. Der Gläubiger (Treu-

---

1240 Statt aller siehe nur *Kastner*, FS Hämmerle 163 (186); *Rechberger* in Apathy, Treuhandschaft 178 (181); *M. Gruber*, JBl 2001, 207 (207); *Deixler/Hübner* in Konecny, Insolvenzgesetze § 11 IO Rz 10; *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 3; *Buchegger*, Insolvenzrecht[3] 65; *Spielbüchler* in Rummel, ABGB[3] §§ 357–360 Rz 2; *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 358 Rz 5; *Apathy/Burtscher* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1002 Rz 17 (einschränkend auf die offenkundige Treuhand); *derselbe* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 11 KO Rz 6; *Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht[2] II Rz 1/168; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.03] § 1002 Rz 111 f; OGH 8 Ob 274/67 in SZ 40/155; 6 Ob 2352/96t in SZ 70/63 = EvBl 1997/171 = NZ 1998, 300 = ZIK 1998, 98 = ecolex 1998, 18; 8 Ob 12/09m in JBl 2010, 238 mit Anmerkung *König/Karollus*; RIS-Justiz RS0107635. Bloß referierend *P. Bydlinski* in KBB, ABGB[7] § 1002 Rz 7. Die Wurzeln dieser Auffassung dürften in einer Entscheidung des RG aus 1899 (in RGZ 45, 85) zu finden sein (dazu näher *M. Gruber*, JBl 2001, 207 [207]). Auch in Deutschland nimmt die herrschende Auffassung ein Aussonderungsrecht an (siehe nur *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 11.15a f; *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 47 Rz 48 je mit weiteren Hinweisen); wegen des Verzichts auf das Faustpfanderfordernis als allgemeine Voraussetzung der Insolvenzfestigkeit von Mobiliarsicherheiten (oben S 253 FN 1035 mit Nachweisen) ist dies im gegebenen Zusammenhang allerdings wenig aussagekräftig.

1241 *Denkschrift* HGB 267; *Koziol*, Beeinträchtigung 113; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht[3] III 266 f und 298; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 450; *Buchegger*, Insolvenzrecht[3] 65.

1242 Oben 3. Kapitel § 4 C.IV.3; S 301 ff.

1243 Der Treuhänder kann mehr als er darf. Statt aller *Klang* in Klang, ABGB[2] II 133; *Butschek*, JBl 1991, 364 (364); *Apathy/Burtscher* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1002 Rz 13; *derselbe*, ÖJZ 2006, 221 (221 bei FN 26); *P. Bydlinski*, AT[9] Rz 9/9; OGH 7 Ob 503/94 in SZ 68/23 = JBl 1996, 176; 8 Ob 138/06m in MietSlg 59.112; 1 Ob 193/10d; RIS-Justiz RS0010482.

geber/Kommittent) darf also nicht darauf vertrauen, dass der betreffende Vermögenswert Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleiben wird; auf Basis der zuvor entwickelten Thesen[1244] sollte eine insolvenzfeste Position für ihn nicht gerechtfertigt erscheinen. Mit der zuvor präsentierten Sichtweise lassen sich die Aussonderungsrechte für Treugeber und Kommittent also nicht erklären. Darin liegt meines Erachtens aber noch kein Argument, das die hier vorgestellten Thesen weniger überzeugend erscheinen lässt als das herrschende Verständnis; denn auf Grundlage der herrschenden Ansicht ist ebenso wenig geklärt, weshalb der Gläubiger (Treuhänder/Kommittent) in solchen Fällen eine insolvenzfeste Position genießt. Beide Ansätze leiden also gleichermaßen an dieser Schwäche.

2. Für das Aussonderungsrecht des **Treugebers** räumt man diese dogmatische Ratlosigkeit häufig sogar explizit ein[1245]; teilweise wird sie zumindest implizit zugestanden, indem man zur Rechtfertigung auf Gewohnheitsrecht[1246] oder auf Billigkeit[1247] rekurriert. Bisweilen bemüht man ferner den Wertverfolgungsgedanken als Erklärung[1248], doch vermag man allein darin für das Aussonderungsrecht des Treugebers wohl keine überzeugende Lösung zu sehen[1249]. Der methodisch sauberste Weg scheint meines Erachtens, das Phänomen der Treuhand als Abwandlung der gesetzlich geregelten Sonderstellung des **Kommittenten** nach § 392 Abs 2 UGB zu deuten[1250]: Da-

1244 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.2.d; S 268 ff.

1245 *Spielbüchler* in Rummel, ABGB³ § 360 Rz 2; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 338: „schwer begreifbare Rechtsfolgen"; *Spitzer*, Aussonderung 179: „Fremdkörper in der Grundkonzeption von Schuld- und Sachenrecht"; diesem folgend *Apathy/Burtscher* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1002 Rz 17.

1246 *Kastner*, FS Hämmerle 163 (189); *Butschek*, JBl 1991, 364 (369); *Rechberger* in Apathy, Treuhandschaft 178 (181); *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 350; *derselbe*, Methodenlehre² 219 f; *Schilcher*, FS Bydlinski 353 (391); in diesem Sinne wohl auch *Behr*, Wertverfolgung 316: alte Gewohnheit des Handelsrechts. Überzeugend kritisch *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^1.03 § 1002 Rz 136.

1247 *Siebert*, Treuhandverhältnis 166; ähnlich *Liebich/Mathews*, Treuhand² 23; weitere Nachweise bei *M. Gruber*, JBl 2001, 207 (207 FN 7).

1248 Grundlegend *Wilburg*, JBl 1949, 29 (29 f); zustimmend *Kastner*, JBl 1963, 430 (Entscheidungsanmerkung); *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 343 ff und OGH 6 Ob 2352/96t in SZ 70/63 = EvBl 1997/171 = NZ 1998, 300 = ZIK 1998, 98 = ecolex 1998, 18. Siehe ferner *Behr*, Wertverfolgung 603 ff.

1249 *M. Gruber*, JBl 2001, 207 (210 f); *Apathy*, ÖJZ 2006, 221 (224); OGH 1 Ob 208/99s in SZ 72/131 = ÖBA 2000, 418 mit Anm *Apathy* = ecolex 2000, 33/4 mit Anm *Wilhelm* = RdW 2000, 80/48 = ZIK 2000, 134/159.

1250 *Wilburg*, JBl 1949, 29 (31 f); *Koziol*, Beeinträchtigung 113; *Butschek*, JBl 1991, 364 (365 ff); *E. Walter*, Treuhand 43 ff; *M. Gruber*, JBl 2001, 207 (214 ff); *Apathy*, FS Honsell 467 (469 mit weiteren Nachweisen); *Rechberger* in Apathy, Treuhandschaft 178 (182 f und 191 f); *Spielbüchler* in Rummel, ABGB³ § 360 Rz 2; *Binder*, Sachenrecht Rz 5/7; OGH 6 Ob 2352/96t in SZ 70/63 = EvBl 1997/171 = NZ 1998, 300 = ZIK 1998, 98 = ecolex 1998, 18. Gegen die Tragfähigkeit von § 392 UGB *Apathy/*

nach gelten Forderungen des Kommissionärs auch im Verhältnis zu dessen Gläubigern schon vor Abtretung als solche des Kommittenten, sodass – wie erwähnt[1251] – dem Kommittenten in der Insolvenz des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht zukommt. Angesichts von § 392 Abs 2 UGB steht zwar außer Zweifel, dass es gemessen am positiven Recht nicht systemwidrig ist, auch dem Treuhänder eine insolvenzfeste Position bloß kraft seines schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs auf das Treugut zu gewähren[1252]. Die zwingend daran anschließende Frage nach dem dogmatischen Warum ist so allerdings lediglich verlagert, aber eben nicht beantwortet. Denn über den Grund für die Privilegierung des Kommittenten herrscht ebenfalls bemerkenswerte Uneinigkeit: Ins Treffen geführt wird hier wiederum der Wertverfolgungsgedanke[1253] und der Treuhandcharakter des Rechtserwerbs durch den Kommissionär[1254]; sieht man § 392 Abs 2 UGB aber als Grundlage für die Zulässigkeit des Aussonderungsrechts für den Treugeber[1255], entpuppt sich eine solche Begründung als wenig ergiebiges Zirkelargument. Eine verbreitete Auffassung[1256] sieht das Handeln auf fremde Rechnung in Kombination mit der **Offenkundigkeit** kraft Gewerbes als ausschlaggebendes Moment an; dagegen ließe sich jedoch einwenden, dass § 392 Abs 2 UGB keineswegs Gewerbsmäßigkeit und daher ebenso wenig Offenkundigkeit des Kommissionsgeschäfts voraussetzt[1257]. Wer auf § 392 Abs 2 UGB zurück-

---

Burtscher in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1002 Rz 17; konstruktiv jüngst *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.03] § 1002 Rz 140 ff.

1251 Oben S 312 FN 1241.

1252 Zur grundsätzlichen Zulässigkeit schuldrechtlicher Aussonderungsansprüche oben S 298 FN 1206.

1253 *Wilburg*, JBl 1949, 29 (31 f); *Behr*, Wertverfolgung 316.

1254 *K. Schmidt*, Handelsrecht[6] § 31 Rz 124 f; *Butschek*, JBl 1991, 364 (366 ff).

1255 Unmittelbar oben bei und in FN 1250.

1256 *Canaris*, FS Flume 371 (407); zustimmend *M. Gruber*, JBl 2001, 207 (214 ff); *Koller* in Staub, HGB[5] § 392 Rz 2 f; *Hüffer*, JuS 1991, 195 (198); explizit auf Offenkundigkeit abstellend auch OGH 7 Ob 561/86 in SZ 59/105 = JBl 1986, 652. Anders *K. Schmidt*, Handelsrecht[6] § 31 Rz 122 f.

1257 *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 340, und *Butschek*, JBl 1991, 364 (371) jeweils zur Rechtslage vor dem HaRÄG, weil damals auch der Gelegenheitskommissionär (§ 406 HGB) von der Privilegierung erfasst war; dagegen *Rechberger* in Apathy, Treuhandschaft 178 (183) und *M. Gruber*, JBl 2001, 207 (216). Zwar wurde § 406 HGB durch Art 1 Z 179 HaRÄG aufgehoben, doch ist Gewerbsmäßigkeit seitdem ganz allgemein kein Tatbestandsmerkmal des Kommissionärs mehr (§ 383 Abs 1 UGB; siehe nur *Rauter/Merzo* in Straube/Ratka/Rauter, UGB[4] § 383 Rz 9 und 35) und daher auch nicht Anwendungsvoraussetzung für § 392 Abs 2 UGB; damit lässt sich auch nach dem HaRÄG gegen die Offenkundigkeit als Tatbestandsvoraussetzung argumentieren (*Apathy*, ÖJZ 2006, 221 [224]). Den umgekehrten Weg gehen *Canaris*, FS Flume 371 (407 und 424), sowie *Koller* in Staub, HGB[5] § 392 Rz 2 f: Der Kommittentenschutz sei angesichts der fehlenden Offenkundigkeit beim Gelegenheitskommissär auf die gewerbsmäßige Kommission eingeschränkt; dagegen *Behr*, Wertverfolgung 316 und 447 und *Häuser* in MünchKomm-HGB[5] § 392 Rz 2.

greift, um die Interventionsrechte des Treugebers zu legitimieren, kann mit der herrschenden Auffassung[1258] für die insolvenzfeste Stellung ebenso wenig bei der Treuhand Offenkundigkeit als Voraussetzung fordern.

3. Wie eingangs angemerkt, kann man die Interventionsrechte von Treugeber und Kommittent nicht unmittelbar aus den hier entwickelten Thesen ableiten. Damit ist ihre Schlüssigkeit jedoch nicht widerlegt. Zum einen lässt sich nicht beurteilen, ob die Behandlung von Treugeber und Kommittent mit dem hier entwickelten Ansatz zur Rechtfertigung insolvenzfester Positionen (un-)vereinbar ist, solange man sich nicht dazu festgelegt hat, auf welcher dogmatischen Grundlage die Sonderstellung von Treugeber und Kommittent beruht. Zum anderen ist zu erwägen, dass die Privilegierung von Treugeber und Kommittent ohnehin keines Rückgriffs auf die hier angestellten Überlegungen bedarf; womöglich findet sich die Legitimation dafür in ganz anderen, spezifischen Umständen[1259]. In jedem Fall aber müsste man für eine abschließende Stellungnahme beide Rechtsinstitute umfassend und breit angelegt durchleuchten. Die vorliegende Arbeit muss darauf verzichten, für diese schon lange schwelende Ungereimtheit in einem zentralen Bereich des Sachen- und Insolvenzrechts vollständige Aufklärung in Angriff zu nehmen. Dass man nicht begründen kann, weshalb Interventionsrechte für Treugeber und Kommittent anerkannt sind, ist somit kein zwingendes Argument gegen die zuvor vorgestellte Sichtweise.

4. Trotz aller weißen Flecken und Unschärfen auf der dogmatischen Landkarte von Treuhandschaft und Kommission soll nicht unversucht bleiben, eine Erklärung dafür anzubieten, wie sich das hier entwickelte Verständnis und die insolvenzfeste Stellung von Treugeber und Kommittent miteinander in Einklang bringen lassen. Anzuknüpfen ist dabei an die Mindermei-

1258 *Kastner*, FS Hämmerle 163 (186); *derselbe*, ÖJZ 2006, 221 (225); eingehend *Butschek*, JBl 2001, 364 (370 f), der allerdings an *Canaris*‘ (FS Flume 371 [412 f]) Überlegungen anknüpft und daher lediglich die Bedeutung des stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzips erörtert, während auf das in Österreich – anders als in Deutschland (oben S 253 FN 1035) – allgemein zu beachtende Faustpfandprinzip nicht näher eingegangen wird. So auch die herrschende Auffassung für den deutschen Rechtsbereich (*Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 11.15a), der aber – aus den bereits angeführten Gründen (oben S 312 FN 1240) – im gegebenen Zusammenhang nur bedingt Aussagekraft beizumessen ist. Siehe ferner den (negativen) Befund von *Behr*, Wertverfolgung 447, zur Offenkundigkeit von Drittbeziehungen. Gegen einen Verzicht auf Erkennbarkeit der Treuhandbindung *M. Gruber*, JBl 2001, 207 (217 f); skeptisch ferner *Koziol*, FS Wesener 267 (275); *derselbe*, Gläubigeranfechtung 53. Differenzierend *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.03] § 1002 Rz 140 ff.

1259 Vgl den von *Koziol*, FS Wesener 267 (274 f mit weiteren Hinweisen) als Rechtfertigung für das Aussonderungsrecht des Treugebers in Betracht gezogenen Gedanken, dass ihm Einfluss auf das Gesamtvermögen des Schuldners fehle. Im Kern vergleichbar der Ansatz von *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 2.24 ff; *derselbe*, KTS 1982, 507 (insbesondere 515 ff); dazu näher oben S 299 FN 1208.

nung[1260], die mit beachtlichen Argumenten in beiden Fällen (Treuhand und Kommission) die Interventionsrechte davon abhängig macht, dass das **Handeln auf fremde Rechnung offenkundig** ist. Schließt man sich dieser Auffassung an, stellt die geforderte Erkennbarkeit des fremden Forderungsrechts, also des Anspruchs von Treugeber und Kommittent, ohnehin eine Situation her, die der **Dispositionsentziehung**, wie sie hier gefordert wird, nahe kommt: Die insolvenzfeste Position setzt – wie gehabt – voraus, dass der Gläubiger (Treugeber/Kommittent) darauf vertrauen darf, dass der Vermögenswert (Treugut/Forderung aus der Kommission) Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt. Entscheidend ist, ob die Gefahr droht, dass sich der Vermögenswert aus dem Haftungsfonds des Schuldners (= des Treuhänders/Kommissionärs) verflüchtigt. Prima vista erscheint diese Gefahr gegeben, weil der Schuldner (Treuhänder/Kommissionär) Gewahrsame am Vermögenswert hat und ihm nach allgemeinen Grundsätzen auch Rechtszuständigkeit am betreffenden Vermögenswert (Treugut/Forderung aus der Kommission) zukommt[1261]. Der Schuldner kann somit ohne weiteres über den Vermögenswert wirksam zugunsten Dritter verfügen. Da es sich um einen derivativen Erwerb vom Berechtigten handelt, ist dabei wohlgemerkt nicht einmal eine Redlichkeitsprüfung beim Dritten vonnöten; nur dabei könnte die Offenkundigkeit des fremden Rechts die wirksame Verfügung scheitern lassen. Die Beständigkeit des Haftungsfonds ist somit nicht gesichert; eine insolvenzfeste Position scheint nach dem hier entwickelten Ansatz prima vista nicht gerechtfertigt. Ist das Handeln auf fremde Rechnung – wie von der Mindermeinung gefordert – allerdings offenkundig, darf der Gläubiger (Treugeber/Kommittent) davon ausgehen, dass ein sorgfältiger Dritter die Existenz des widerstreitenden (fremden) Forderungsrechts auf den Vermögenswert erkennen wird. Erwirbt der Dritte unter solchen Umständen das Treugut oder die Forderung des Kommissionärs, wäre der Dritte dem Gläubiger (dem Treugeber/Kommittenten) wegen Erkennbarkeit des fremden Forderungsrechts in der Regel zum Schadenersatz verpflichtet. Denn wenn man einen Schutz fremder besitzverstärkter Forderungsrechte wegen der Indizwirkung der Innehabung bejaht[1262], genügt ebenso jede andere Indizwirkung, die gegründeten Verdacht schöpfen lässt[1263], insbesondere Offenkundigkeit des Handelns auf fremde Rechnung bei Treuhand und Kommis-

1260 Zuletzt eingehend *Spitzer*, Aussonderung 181 ff. Ferner dagegen *Apathy/Burtscher* in Schwimann/Kodek, ABGB[5] § 1002 Rz 17; *Baumgartner/U. Torggler* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB[3] § 1002 Rz 204 ff. Siehe auch FN 1258.

1261 Oben S 312 FN 1243.

1262 Herrschende Auffassung; grundlegend *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 445 und 512; ferner siehe etwa *Karner* in KBB, ABGB[7] § 1295 Rz 2; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.03] § 1294 Rz 12 je mit weiteren Nachweisen.

1263 Explizit *Spielbüchler* in Rummel, ABGB[3] § 431 Rz 11; zustimmend OGH 7 Ob 225/03v in JBl 2005, 36. Siehe nun auch *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 431 Rz 28.

sion[1264]. Hängt man der Mindermeinung an und verlangt man demnach Offenkundigkeit, lässt sich zwanglos erklären, weshalb es die herrschende Auffassung[1265] dem Kommittenten gegenüber als relativ unwirksam ansieht, wenn der Kommissionär eine Forderung an den Dritten abtritt oder verpfändet: Darin ist nichts anderes zu sehen als eine Folge aus der Verpflichtung des Dritten zum Schadenersatz qua Naturalrestitution (§ 1323 ABGB).

Bei dieser Sichtweise schadet es nicht, wenn der Gläubiger (Treugeber/Kommittent) damit rechnen muss, dass sich der Vermögenswert durch Verfügungen des Treuhänders/Kommissionärs aus dessen Haftungsfonds „ätherisch verflüchtigt“[1266]; denn der Gläubiger darf ebenso damit rechnen, dass unmittelbar an die Stelle dieses Objekts seines Befriedigungsrechts ein Anspruch auf Naturalrestitution gegen den aus der Verfügung begünstigten Dritten tritt. Dies führt in der Insolvenz des Schuldners (= des Treuhänders/Kommissionärs) zu einem überraschenden Ergebnis: Hat der Schuldner *pflichtwidrig* zugunsten eines Dritten über den Vermögenswert verfügt, so hat sich der Vermögenswert zwar aus dem Haftungsfonds verflüchtig, doch kann der Gläubiger (Treugeber/Kommittent) den Vermögenswert von diesem Dritten herausverlangen (Schadenersatz qua Naturalrestitution). Hingegen stünde dem Gläubiger *ohne pflichtwidrige Verfügung* des Schuldners in dessen Insolvenz bloß quotale Befriedigung zu. Es wäre ein sonderbares Ergebnis, wollte man den Gläubiger (Treugeber/Kommittent) bei rechtskonformem Verhalten des Schuldners (= des Treuhänders/Kommissionärs) materiell schlechter stellen als bei pflichtwidriger Verfügung durch diesen. Hinzu kommt, dass der Treugeber/Kommittent der einzige Gläubiger ist, der damit rechnen darf, dass er sich aus dem Vermögenswert im schuldnerischen Haftungsfonds (trotz dessen ätherischer Flüchtigkeit) befriedigen wird können; denn nur ihm stehen die auf Naturalrestitution gestützten Rechte gegen den Dritten zu. Er befindet sich damit in einer vergleichbaren Situation wie jener Gläubiger, dem ein Vermögenswert des Schuldners in die Gewahrsame übergeben wurde und der sich deswegen (Dispositionsentziehung) sicher sein kann, dass der Vermögenswert auch in Zukunft Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds sein wird[1267].

Dieser – hier bloß skizzierte – Gedankengang könnte meines Erachtens durchaus einen erwägenswerten Erklärungsansatz für die Interventionsrechte

1264 Auf diesem Gedanken beruht etwa die sogenannte Fremdvermutung nach § 21 DepotG: Die Kenntnis des Unterkommissionärs vom Handeln des Kommissionärs auf fremde Rechnung wird gesetzlich vermutet; damit gilt die Kommission als offenkundig. Der Unterkommissionär darf daher nicht darauf vertrauen, dass der Zwischenkommissionär auf eigene Rechnung handelt. Dazu *Riss/Eliskases* in Zib/Dellinger, UGB § 367 Rz 16 ff (insbesondere Rz 18) mit weiteren Hinweisen.

1265 *Apathy/Perner* in Artmann, UGB[3] § 392 Rz 9; *Rauter/Merzo* in Straube/Ratka/Rauter, UGB[4] § 392 Rz 29 je mit weiteren Nachweisen.

1266 Zum Gedanken der ätherischen Flüchtigkeit oben S 272.

1267 Auch dazu eingehend oben S 272 f.

des Treuhänders und des Kommittenten bilden. Voraussetzung ist, dass man hierfür – der Mindermeinung folgend – Offenkundigkeit des Handelns auf fremde Rechnung verlangt. Im Detail wäre die Argumentation aber noch mit näheren Überlegungen abzusichern.

5. Fazit

1. Nach dem hier entwickelten Verständnis ist das Faustpfandprinzip ein Instrument, um Dispositionsentziehung sicherzustellen und damit zu gewährleisten, dass ein Vermögenswert auch in Zukunft Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt. Erst dies rechtfertigt es, das Befriedigungsrecht jenes Gläubigers, der Gewahrsame am Vermögenswert hat, in der Insolvenz gegenüber anderen Befriedigungsrechten zu bevorzugen. Auf Dispositionsentziehung als Voraussetzung einer insolvenzfesten Position kann jedoch verzichtet werden, wenn kein Anschein besteht, dass dem Schuldner weiterhin (unbeschränkte) Rechtszuständigkeit an dem in seiner Gewahrsame verbliebenen Vermögenswert zukommt; unter diesen Umständen droht nämlich auch ohne Dispositionsentziehung nur geringe Gefahr, dass der Schuldner zugunsten sorgfältiger Dritter wirksam über den Vermögenswert verfügen kann und sich der Vermögenswert so aus dem schuldnerischen Haftungsfonds verflüchtigt. Mit diesem **Kriterium des (fehlenden) Schuldnereigentums** vermag man zu erklären, weshalb etwa bei der Sicherungsübereignung die Hürde des Faustpfandprinzips zu überwinden ist, während hingegen beim Eigentumsvorbehalt sowie bei in Bestand gegebenen, entlehnten oder hinterlegten Sachen eine insolvenzfeste Position (Rückstellungsanspruch) ohne Gewahrsamsübertragung gewährt wird.

2. Das hier vorgestellte Regel-Ausnahme-Modell erscheint nicht nur schlüssig, sondern zudem gegenüber dem herrschenden Verständnis vorzugswürdig. Einzuräumen ist, dass der schlichte Eigentumserwerbs durch Besitzkonstitut sowie Treuhand und Kommission insolvenzfeste Positionen entstehen lassen, ohne dass dabei den hier formulierten Thesen entsprochen ist. Jedoch schlägt ein solcher Hinweis als Einwand nicht durch. Zwar kann der hier entwickelte Ansatz in der Tat nicht ohne weiteres erklären, weshalb dort eine insolvenzfeste Position gewährt wird, wenngleich weder Dispositionsentziehung vorliegt, noch das Kriterium des fehlenden Schuldnereigentums verwirklicht ist. Allerdings ist die herrschende Auffassung, die Aussonderungsrechte in den genannten Konstellationen anerkennt, ebenso wenig in der Lage, eine Lösung anzubieten, die dogmatisch restlos überzeugt. Dies gilt für den **schlichten Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut**; hier könnte die Weiterentwicklung der Kautelarjurisprudenz Anlass geben, zur strengen, an das Faustpfandprinzip angenäherten Auslegung von § 428 ABGB zurückzukehren, wie sie in der früheren Rechtsprechung anzutreffen war. Gleichermaßen trifft dies für das Aussonderungsrecht bei **Treuhand und Kommission** zu, für das die Lehre bislang ebenso wenig ein anerkanntes dogmatisches

Konzept anbieten konnte. Wenn die hier entwickelten Thesen diese Fälle der Gläubigerprivilegierung nicht zu erklären vermögen, so erscheinen sie deswegen im Vergleich zum herrschenden (rein publizitätsbezogenen) Verständnis vom Faustpfandprinzip nicht weniger überzeugend. Denn indem man das Faustpfandprinzip (auch) als Instrument zur Dispositionsentziehung deutet, lassen sich immerhin einige jener Ungereimtheiten glätten, die das herrschende Verständnis in Kauf nimmt oder teilweise nur unbefriedigend erklären kann; gemeint ist der Verzicht auf das Faustpfanderfordernis beim Eigentumsvorbehalt und bei in Bestand gegebenen, verliehenen, hinterlegten Sachen. Angesichts der besseren „Erklärungsquote" darf man die vorgestellten Thesen daher als gleichwertig, wenn nicht gar als vorzugswürdig im Vergleich zum klassischen Verständnis bewerten.

V. Ergebnisse

1. Der vorstehende Abschnitt (3. Kapitel § 4 C) behandelt den Konflikt zwischen dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung und dem bislang noch nicht umfassend gewürdigten, erst hier gänzlich freigelegten Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame/Dispositionsentziehung. Danach differenziert das Insolvenzrecht bei der Behandlung des Gläubigers mehrfach anhand des Umstands, ob der Gläubiger einen **Vermögenswert, den der Schuldner beanspruchen kann**, schon „aus der Hand gegeben hat" oder ihn noch **„in Händen hält"**. Der beim Gläubiger befindliche Vermögenswert muss nicht unbedingt durch eine im Eigentum des Schuldners stehende Sache verkörpert sein; in Betracht kommt ebenso eine vom Schuldner zu beanspruchende und vom Gläubiger noch nicht erbrachte (Geld-) Leistung oder Handlung. Die – somit weit zu verstehende – Gläubigergewahrsame an einem Vermögenswert ist in mehrfacher Hinsicht normativ relevant für die Privilegierung von Gläubigern in der Insolvenz; im gegebenen Zusammenhang interessiert lediglich, ob die **Gläubigergleichbehandlung durchbrochen** ist. Das Absonderungsrecht des Faustpfandgläubigers ist der prominenteste, aber nicht der einzige Fall, in dem Gläubigergewahrsame zur Privilegierung des Gläubigers führt. Ebenso kommt der Gläubiger wegen der Gewahrsame an einem Vermögenswert, auf den der Schuldner Anspruch hat, in den Genuss bevorzugter Befriedigung, wenn er Schadenersatzansprüche nach § 21 Abs 2 IO im Rahmen der Differenztheorie geltend macht; ferner wenn er ein Zurückbehaltungsrecht ausübt (§ 10 Abs 2 IO), wenn zu seinen Gunsten eine Aufrechnungslage besteht (§§ 19 f IO) sowie im Rahmen des Verfolgungsrechts (§ 45 IO). Da das Insolvenzrecht mehrfach die Gewahrsamsübertragung als Zäsur vorsieht, liegt ein das Insolvenzrecht allgemein durchziehendes **Bauprinzip** vor – abstrahierend formuliert lässt sich von **Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame an vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswerten** sprechen.

2. Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame ist umgesetzt in der Aufrechnungslage (§§ 19 f IO), in der Differenztheorie (§ 21 Abs 2 IO), in Zurückbehaltungslagen (§ 10 Abs 2 IO) und im Verfolgungsrecht (§ 45 IO). In diesen Konstellationen liegt durchwegs ebenso **Publizität** der Sicherung vor; für den Verkehr ist erkennbar, dass der schuldnerische Haftungsfonds reduziert ist. Damit läge es nahe, hinter dem neuen Bauprinzip bloß eine etwas breiter angelegte Umsetzung des Faustpfandprinzips zu vermuten: Sie könnte es ermöglichen, Gläubiger nicht nur bei Verpfändung, sondern darüber hinaus noch in weiteren Fällen bevorzugt zu befriedigen, indem man die Gläubigerbefriedigung mit dem Gedanken des überindividuellen Vertrauens auf den Haftungsfonds verknüpft.

3. Das Faustpfandprinzip im Besonderen und die Gewahrsame an einem Vermögenswert (In-Händen-Halten) ganz generell bewirken aber nicht bloß, dass das fremde Sicherungsrecht nach außen erkennbar ist. Zudem entziehen sie den betreffenden Vermögenswert der Verfügungsmacht des (Pfand-) Schuldners: Er kann auf den Vermögenswert weder faktisch einwirken (etwa ihn zerstören) noch sonst – etwa indem er zugunsten Dritter darüber verfügt – den Zugriff des Gläubigers darauf verhindern. Für die Dauer dieser **Dispositionsentziehung** durch Gewahrsame am Vermögenswert besteht somit beim Gläubiger **individuelles Vertrauen** darauf, dass der Schuldner weder faktisch noch rechtlich in der Lage ist, auf das Objekt seines Befriedigungsrechts einzuwirken.

4. Nur eben der Gläubiger mit Gewahrsame am Vermögenswert (Faustpfand) darf darauf vertrauen, dass der Vermögenswert **in Zukunft Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt** (Beseitigung der ätherischen Flüchtigkeit). Erst dieses spezifische Vertrauen des konkreten Gläubigers **rechtfertigt** es, ihn gegenüber anderen Gläubigern zu privilegieren (Absonderungsrecht). Für das herrschende (klassische) Verständnis ist hingegen bloß das Vertrauen darauf relevant, dass die Pfandsache zum Zeitpunkt der Gewahrsamsverschaffung Teil des schuldnerischen Haftungsfonds war. Knüpft man allein daran an, kann sich der Gläubiger aber nicht sicher sein, dass die Pfandsache in Zukunft noch Teil des Haftungsfonds sein wird und ihm überhaupt als Befriedigungsobjekt zur Verfügung steht; und selbst wenn die Pfandsache im schuldnerischen Haftungsfonds erhalten bleibt, darf der Gläubiger nicht damit rechnen, dass er als einziger (das heißt: bevorzugt) daraus Befriedigung erlangen kann; denn ebenso durften alle anderen Gläubiger im Zeitpunkt der Gewahrsamseinräumung darauf vertrauen, dass die Pfandsache Teil des schuldnerischen Haftungsfonds ist. Das Absonderungsrecht des Faustpfandgläubigers zu legitimieren, scheint damit aus der Warte des klassischen Verständnisses schwer. Damit ist es notwendig, die **klassische Sichtweise** um diesen Aspekt zu **ergänzen**: Das Faustpfandprinzip bezweckt (auch) Dispositionsentziehung.

5. Dass Dispositionsentziehung individuelles Vertrauen des innehabenden Gläubigers auf die Beständigkeit des Haftungsfonds begründet, gilt nicht nur beim Faustpfand; die These ist **verallgemeinerungsfähig**. Dieser Gedanke rechtfertigt die Gläubigerprivilegierung auch in anderen Fällen, wo der Gläubiger einen vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert in seiner Gewahrsame hat: in Aufrechnungslagen, in Zurückbehaltungslagen, bei Befriedigung von Schadenersatzansprüchen nach § 21 Abs 2 IO im Rahmen der Differenztheorie sowie beim Verfolgungsrecht. Stets befindet sich ein Vermögenswert, den der Schuldner zu fordern berechtigt ist, in Händen des Gläubigers. Für den Gläubiger bildet dieser Vermögenswert wirtschaftlich betrachtet bereits einen Teil des schuldnerischen Haftungsfonds. Und der Gläubiger kann davon ausgehen, dass der Schuldner auf diesen Vermögenswert weder faktisch einwirken noch rechtlich über ihn verfügen kann; er darf deshalb sicher sein, dass der Vermögenswert Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt. Da ihm dieser Vermögenswert als Objekt seines Befriedigungsrechts jedenfalls zur Verfügung steht, ist es gerechtfertigt, ihm diesbezüglich eine insolvenzfeste Position zu gewähren. Das Bauprinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame lässt sich damit präziser formulieren: Man kann von **Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung durch Gläubigergewahrsame** an einem Vermögenswert aus dem schuldnerischen Haftungsfonds sprechen.

6. Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung ist ein Gedankengerüst, das sich eignet, noch weitere insolvenzfeste Positionen systemgerecht zu deuten, für die man auf Basis des klassischen Verständnisses bislang keine restlos überzeugende Erklärung finden konnte: Verfügt ein Gläubiger über eine insolvenzfeste Position, ohne dass er Gewahrsame am Vermögenswert hat, erhebt sich die Frage, wie dies im Lichte des zwingenden Faustpfandprinzips zu rechtfertigen ist. Denn weder ist die nach klassischem Verständnis geforderte Publizität hergestellt noch liegt die nach dem hier entwickelten Modell vorausgesetzte Dispositionsentziehung vor. Von diesem Erklärungsmanko betroffen ist das Aussonderungsrecht beim Eigentumsvorbehalt und bei in Bestand gegebenen, entlehnten sowie hinterlegten Sachen. Diese Konstellationen zeichnen sich durch die Gemeinsamkeit aus, dass der Schuldner zu keiner Zeit Eigentümer des Vermögenswerts war. Da es dem Schuldner deshalb schwerfallen wird, gegenüber sorgfältigen potentiellen Erwerbern glaubwürdig eine ausreichende Berechtigung am Vermögenswert (etwa an der gemieteten Sache) zu behaupten, droht nur geringe Gefahr, dass er das Befriedigungsrecht des Gläubigers am Vermögenswert beeinträchtigt, indem er zugunsten Dritter über den Vermögenswert verfügt. Liegt das **Kriterium des fehlenden Schuldnereigentums** vor, darf der Gläubiger auch ohne Dispositionsentziehung darauf vertrauen, dass der Vermögenswert Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt; daher kann ihm eine insolvenzfeste Position gewährt werden.

7. Resümierend kann gesagt werden, eine Durchbrechung der Gläubigergleichbehandlung ist vorgesehen, wenn der Gläubiger berechtigterweise darauf vertraut, dass der betreffende Vermögenswert Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt – sei es infolge Dispositionsentziehung oder sei es wegen fehlenden Schuldnereigentums am betreffenden Vermögenswert.

§ 5 Zusammenschau und Relevanz der Vorleistungspflicht

A. Auswertung der Prinzipienabwägungen

I. Ausgangslage

1. Der erste Hauptteil der Untersuchung kam zu dem Ergebnis, dass der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt sachenrechtlich wirksam ist[1268]: Der **vorleistungspflichtige Verkäufer** übergibt die Sache, behält aber einen Teil der von ihm geschuldeten Leistung (Eigentumsübertragung) trotz Fälligkeit zurück; er gerät gegenüber dem Käufer in **Verzug**. Wird der Käufer insolvent und will der Insolvenzverwalter das Eigentum in die Masse ziehen, ist der Verkäufer als Vertragspartner nach §§ 21 Abs 1 und 46 Z 4 IO zu behandeln. Tritt der Insolvenzverwalter in den beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrag ein (§ 21 Abs 1 IO), behandelt der **Gesetzeswortlaut** unterschiedslos jeden Vertragspartner als **Massegläubiger** (§ 46 Z 4 IO); für Vorleistungspflichtige ist keine Sonderregel vorgesehen. Die herrschende Auffassung[1269] steht demgemäß auf dem Standpunkt, selbst ein Vertragspartner, der sich fahrlässig (im Sinne von § 1052 Satz 2 ABGB) verpflichtet hat vorzuleisten, ist als Massegläubiger zu behandeln, wenn er seine noch ausstehende Leistung an die Insolvenzmasse erbringen soll.

Gegen eine solche, am Wortlaut verhaftete Lösung hat man mehrfach **Bedenken** erhoben. Ihnen liegt durchwegs der Gedanke zugrunde, ein vorleistungspflichtiger Gläubiger habe die Vorleistungspflicht privatautonom begründet und sich so freiwillig in eine Situation manövriert, die ihn verpflichtet zu kreditieren: Übernimmt der Gläubiger rechtsgeschäftlich eine Vorleistungspflicht, verzichtet er auf sein Recht, die Gegenleistung nur Zug um Zug erbringen zu müssen (§ 1052 ABGB); damit ist er ebenso wenig berechtigt, seine Leistung von der Bestellung einer Sicherheit abhängig zu machen. Verpflichtet sich der Gläubiger also zu kreditieren, liegt es nicht fern, dass dieser Umstand ebenso für die Frage bedeutsam ist, ob er in der Insolvenz als ungesicherter Gläubiger oder privilegiert zu behandeln ist. So

1268 Oben 2. Kapitel; S 9 ff.

1269 Nachweise oben 3. Kapitel § 2 A.I und II; S 145 ff.

wird betont, es mute seltsam an, dass ein Vertragspartner, der sich durch Zug-um-Zug-Leistungspflicht abgesichert hat, in der Insolvenz jenem gleichgestellt sei, der eine Vorleistungspflicht übernommen hat[1270]. Gestützt auf die **freiwillig übernommene Kreditierungspflicht** werden verschieden konstruierte Einwände vorgebracht; der Gedanke taucht wiederholt, aber gleichsam in unterschiedliche Gewänder gekleidet auf. Im Kern läuft die Frage stets darauf hinaus, ob die freiwillig übernommene Vorleistungs-/Kreditierungspflicht[1271] den Gläubiger zwingt, in der Krise des Schuldners „sehenden Auges" in Vorlage zu treten und Kredit zu gewähren, oder ob er durch faktische, wenngleich vertragswidrige Leistungsverweigerung eine insolvenzfeste Position ergattern kann.

Die raren Stellungnahmen im Schrifttum neigen dazu, dem vorleistungs-/kreditierungspflichtigen Gläubiger eine solche Möglichkeit zuzugestehen. Es variieren jedoch die dafür angebotenen Begründungen: Manche ziehen eine (vage) Parallele zum Verfolgungsrecht[1272], andere rekurrieren auf das Argument der Unzumutbarkeit[1273]. Bisweilen sieht man den Wegfall der Zahlungsfähigkeit als eine Art Rücktrittsgrund an[1274]. Oft bleibt es bei der bloßen Behauptung, erst wenn die *Änderung der dinglichen Rechtslage* beziehungsweise der Rechtszuständigkeit vollzogen sei, liege Kreditierung vor, mit der der Gläubiger das Insolvenzrisiko übernehme[1275].

1270 Eingehend oben 3. Kapitel § 2 A.III; S 148 ff mit Nachweisen.

1271 Zur gleichen Interessenlage bei Übernahme einer Vorleistungspflicht und Abgabe einer Kreditzusage unten S 367 FN 1422.

1272 So explizit *U. Huber*, FS Weber 253 (264 mit weiteren Hinweisen), der es dem Verfolgungsrecht gleichstellt, wenn der Verkäufer, der eine Vorleistungspflicht übernommen hat, trotz seiner vertraglichen Verpflichtung die Übergabe aufschieben kann, nachdem er von der schlechten Lage des Käufers erfahren hat; für die insolvenzrechtliche Beurteilung unerheblich sei dabei, ob er dazu nach dem Vertrag (womit wohl auch die Unsicherheitseinrede nach § 1052 Satz 2 ABGB beziehungsweise § 321 Abs 1 BGB gemeint sein dürfte) berechtigt ist oder nicht. Nicht ganz klar ist dabei allerdings, ob die sichernde Wirkung der faktischen Leistungsverweigerung aus dem Tatbestand des Verfolgungsrechts auf den Normalfall übertragen wird oder umgekehrt.

1273 *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 39 und 110, gesteht gegenüber einem insolvenzreifen Nachleistungspflichtigen immer – also unabhängig von Fahrlässigkeit nach § 1052 Satz 2 ABGB – ein Leistungsverweigerungsrecht zu; entscheidend sei (aaO 39), dass die Vorleistung des Vertragspartners bei Insolvenzreife nur eine wertlose Gegenforderung begründe, weshalb die Vorleistung unzumutbar sei; diese Unzumutbarkeit der Vorleistung wiege den Verschuldensvorwurf auf, sodass der Vorleistungspflichtige trotz fahrlässiger Kreditierung seine Leistung verweigern könne.

1274 Nach *Ehrenzweig*, Zahlungsunfähigkeit 14, setzt die Kreditzusage Zahlungsfähigkeit des Kreditnehmers voraus; fällt diese Voraussetzung weg, stehe dem Kreditgeber das Rücktrittsrecht zu.

1275 In diesem Sinne etwa *M. Gruber*, JBl 2001, 207 (211 und 212): Risiko, das sich aus der Mittel*hingabe* ergibt; ferner *K. Schmidt*, JZ 1976, 756 (757): Es kann für das Insolvenzrisiko nicht bedeutungslos sein, ob das Darlehen bereits ausgezahlt ist oder

2. Wie der Vorleistungspflichtige zu behandeln ist, hängt untrennbar mit der Abwicklung beidseitig nicht vollständig erfüllter Verträge in der Insolvenz zusammen. Im Schrifttum[1276] wird durchwegs eingestanden, dass eine Systematik hierfür noch nicht konsequent aufbereitet ist und die einschlägigen gesetzlichen Regelungen weder vollständig noch widerspruchsfrei sind. Vor allem für den hier interessierenden Verzug eines vorleistungspflichtigen Vertragspartners scheint noch kein ausreichend breites Fundament gelegt, das eine solide Beurteilung erlaubt. Um eine systemkonsistente Gesetzesauslegung und -anwendung zu gewährleisten, nahm es der zweite Hauptteil dieser Untersuchung in Angriff, sämtliche tangierten Regelungsprinzipien zu identifizieren, sie auf ihre Relevanz hin zu prüfen und ihr Verhältnis zueinander zu analysieren. Zunächst wurden die Prinzipien benannt, die im Insolvenzfall bei Vorleistungspflicht des Vertragspartners berührt sind: Es sind dies (i) Synallagmaschutz, (ii) Vertragstreue, (iii) Maxime der optimalen Masseverwertung, (iv) Gläubigergleichbehandlung und (v) das (erst im Zuge der Untersuchung näher konkretisierte) Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung durch Gläubigergewahrsame. Im Anschluss war zu erörtern, wo die genannten Prinzipien miteinander in Berührung kommen beziehungsweise in Konflikt treten und auf welche Weise das positive Recht diese Konflikte löst[1277]. Daraus ließen sich Schlussfolgerungen über das relative Gewicht der Prinzipien im Verhältnis zueinander ziehen. Der nun anzugehende Abschnitt stellt in einer Zusammenschau dar, welche Ergebnisse die Abwägung aller miteinander in Widerstreit stehenden Prinzipien zutage gefördert hat, und wertet sie aus; dabei ist besonderes Augenmerk auf allfällige Besonderheiten zu legen, die eine Vorleistungspflicht auslösen können. Es wird hervorkommen, dass in einem der bereits behandelten Prinzipienkonflikte weitere, ergänzende Konkretisierungen notwendig sind. Auf Grundlage all dessen wird es möglich sein, die hier in Diskussion stehenden Gesetzesbestimmungen der §§ 21, 46 IO systemkonform auszulegen und zu beantworten, wie der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers zu behandeln ist.

II. Bisherige Ergebnisse und vorläufige Schlussfolgerungen

1. Wie die Vorleistungspflicht im Allgemeinen und der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalts als ihr Anwendungsfall im Besonderen zu behandeln sind, bildet eine Frage, die – wie eingangs[1278] betont – an der Schnittstelle von mehreren Regelungsprinzipien angesiedelt ist; sie berühren einander und greifen teilweise ineinander. Die bisherige Analyse hat bereits einen Großteil

nicht; *Grundmann*, JA 1985, 80 (84): Die Insolvenzgefahr sollen nur diejenigen Gläubiger tragen, die dem Schuldner tatsächlich Kredit gewährt haben.

1276 Nachweise oben S 155 f.

1277 Oben 3. Kapitel § 4; S 203 ff.

1278 3. Kapitel § 3 A; S 155 ff.

der Kollisionen zwischen allgemein-privatrechtlichen und insolvenzrechtlichen Prinzipien identifiziert und aufgelöst. Ruft man sich die gewonnenen Erkenntnisse in Erinnerung und bewertet sie nun speziell mit Blick auf die Auswirkungen einer Vorleistungspflicht, zeigt sich folgendes Bild:

2. Im Verhältnis zwischen **Vertragstreue** und **Maxime der bestmöglichen Masseverwertung** war festzustellen, dass die Vertragstreue graduell nachgibt[1279]: Offerten erlöschen ohne weiteres (§ 26 Abs 3 IO); auch zustande gekommene Verträge kann der Insolvenzverwalter einseitig auflösen, allerdings entstehen Surrogatansprüche (§ 21 Abs 2; § 23 IO). Somit ist es abgestuft leicht möglich, die Vertragstreue über Bord zu werfen. Das lässt sich nicht damit begründen, dass das Vertrauen des Vertragspartners auf die Bindungswirkung variiert; seinem Vertrauen kommt stets dasselbe Gewicht zu. Grund für die abgestuften Rechtsfolgen ist vielmehr, dass es den exekutionsunterworfenen Haftungsfonds des Vertragspartners unterschiedlich beeinträchtigt, wenn dessen Ansprüche gegen den Schuldner erlöschen. Das Vertrauen Dritter auf den darin liegenden Vermögenswert ist unterschiedlich stark ausgeprägt, je nachdem ob dem Vertragspartner bereits eine Vertragsposition oder nur die Stellung als Angebotsempfänger zukommt. Aus diesem Grund ist die Vertragstreue gegenüber dem Vertragspartner graduell gelockert. Eine Vorleistungspflicht scheint in diesem Prinzipienkonflikt nicht relevant zu sein.

3. Ferner hat sich gezeigt, dass der **allgemein-privatrechtliche Synallagmaschutz bei Vorleistungspflicht** eines Teils im Wesentlichen unberührt bleibt[1280]. Zwar nimmt man gemeinhin an, die Vorleistungspflicht lockere das (funktionelle) Synallagma, weil die Zug-um-Zug-Einrede entfällt (§ 1052 Satz 2 ABGB e contrario). Diese Rechtsfolge ist jedoch kein Ausfluss eines gelockerten Synallagmas, sondern lediglich eine – sozusagen technisch zwingende – Konsequenz aus der Einredekonstruktion von § 1052 ABGB. Die Vorleistungspflicht lockert demnach das Synallagma nicht; vielmehr bewertet die Rechtsordnung den vorleistungspflichtigen Teil – gerade im Gegenteil – durchwegs als besonders schutzwürdig. Zum Ausdruck kommt dies in zahlreichen Rechtsbehelfen, insbesondere in gesetzlichen Pfand- und Zurückbehaltungsrechten; ihnen ist – weil sie den von den Parteien beabsichtigten Leistungsaustausch absichern – synallagmastärkende Wirkung zu attestieren.

4. Sodann war der Frage nachzugehen, ob der **Synallagmaschutz** in der Insolvenz Bestand hat und in welchem Ausmaß er insolvenzrechtlichen Zielen zum Opfer fällt. Trifft er mit der **Maxime der optimalen Masseverwertung** zusammen, entsteht ein Konflikt auf Ebene des **materiellen Synallagma-**

1279 Oben 3. Kapitel § 4 A; S 203 ff.
1280 Dazu 3. Kapitel § 3 C.II; S 161 ff.

schutzes[1281]: Dabei ist das materielle Synallagma nicht beeinträchtigt. Zwar erweitert sich der rechtliche Bewegungsspielraum des Insolvenzverwalters, indem ihm gestattet ist, Verträge einseitig aufzulösen (Erfüllungsablehnung/Kündigung); nachdem dadurch das Austauschverhältnis wegfällt, wäre dies prinzipiell geeignet, das Synallagma zu verletzen. An die Stelle des vertraglichen Erfüllungsanspruchs des Vertragspartners tritt jedoch stets ein Surrogatanspruch; das Synallagma bleibt somit auf der materiellen Ebene **intakt**. Auch in diesem Konflikt ist nicht zu erkennen, dass eine allenfalls bestehende Vorleistungspflicht des Vertragspartners normativ relevant wird.

5. Schließlich gerät der **Synallagmaschutz** mit der **Gläubigergleichbehandlung** in Berührung[1282]. Das eröffnet die Ebene des **prozessualen Synallagmaschutzes**. Hier prävaliert grundsätzlich das insolvenzrechtliche Prinzip der Gläubigergleichbehandlung. Von diesem Vorrang wird jedoch eine Ausnahme gemacht, wenn es die Maxime der optimalen Masseverwertung verlangt. Kann die Masse wirtschaftliche Vorteile aus einem Geschäft mit dem Vertragspartner nur lukrieren, wenn auch die Masse ihre Leistung ungekürzt erbringt, steht der Gleichbehandlungsgrundsatz mit zwei Prinzipien in Widerstreit: zum einen mit dem Synallagmaschutz und zum anderen mit der Maxime der optimalen Masseverwertung. Treten diese beiden in Kombination miteinander auf, kommt dem Gleichbehandlungsgrundsatz das geringere Gewicht zu; der Vertragspartner ist folglich Massegläubiger (§ 46 Z 4 IO).

Eben an diesem Kollisionspunkt ist nun die Frage zu entscheiden, wie der **vorleistungspflichtige Vertragspartner** zu behandeln ist: Ist das Synallagma trotz Vorleistungspflicht stark genug, um die Leistungserbringung an die Masse von der ungekürzten Gegenleistung abhängig zu machen, sodass sich Synallagmaschutz und Maxime der optimalen Masseverwertung gemeinsam gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz durchsetzen? Das positive Recht hält dafür keine unmittelbar greifbare Antwort bereit. Sich allein auf die eingangs gewonnene Erkenntnis zu berufen, dass der Synallagmaschutz grundsätzlich auch bei Vorleistungspflicht intakt bleibt[1283], sodass die Prinzipienkollision wiederum zulasten des Gleichbehandlungsgrundsatzes aufzulösen wäre, hilft nicht weiter. Zwar müsste der synallagmatische Grundgedanke in der Tat dazu führen, dass auch der vorleistungspflichtige Vertragspartner von seiner Leistungspflicht gegenüber der Masse befreit wird, wenn der Schuldner seine Leistung nicht vollständig wird erbringen können. Die darin liegende Rechtsregel beruht jedoch bloß auf Abwägung der unmittelbar am Austauschverhältnis selbst beteiligten Parteiinteressen (Vertragspartner – Schuldner); sie kann deshalb nur für den Normalfall gelten. In der Insolvenz ist darüber hinaus zu fragen, wie sich das Verhältnis zwischen dem Vertragspartner und

1281 Dazu 3. Kapitel § 4 B.II; S 222 ff.
1282 Dazu 3. Kapitel § 4 B.III; S 228 ff.
1283 Unmittelbar oben Pkt 3.

der Gläubigergemeinschaft darstellt[1284]. Erst nach Analyse dieser Beziehung lässt sich eine Antwort darauf finden, ob der vorleistungspflichtige Vertragspartner weiterhin (auch in der Insolvenz) dem Synallagmaschutz untersteht und daher als Massegläubiger vom Gleichbehandlungsgrundsatz auszunehmen ist.

6. Entscheidend ist demnach, ob der **Gleichbehandlungsgrundsatz** unter bestimmten Umständen – wenn ein weiteres Prinzip eingreift – zugunsten des Vertragspartners durchbrochen ist. Ist der Gleichbehandlungsgrundsatz suspendiert, bliebe der prozessuale Synallagmaschutz intakt; damit wäre der jedenfalls intakte materielle Synallagmaschutz (unmittelbar oben Pkt 4) auch auf Ebene der Rechtsdurchsetzung verwirklicht. Durchbrochen ist der Gleichbehandlungsgrundsatz insbesondere unter der Voraussetzung, dass das – im Zuge dieser Arbeit zutage geförderte – Prinzip der **Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame/Dispositionsentziehung** verwirklicht ist[1285]. Danach steht dem Gläubiger ein bevorzugtes Befriedigungsrecht zu, wenn sich Vermögenswerte, die der Schuldner beanspruchen kann (und die daher wirtschaftlich betrachtet bereits einen Teil seines Haftungsfonds bilden), in der Gewahrsame des Gläubigers befinden. Die auf diesem Wege herbeigeführte Dispositionsentziehung bewirkt, dass der innehabende Gläubiger (und zwar nur er!) damit rechnen darf, dass der Vermögenswert auch in Zukunft Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt; dies rechtfertigt sein bevorzugtes Befriedigungsrecht. Bislang ungeklärt geblieben ist allerdings, ob diese Effekte der Gläubigergewahrsame (Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung) ebenso Platz greifen, wenn der Gläubiger zur Vorleistung verpflichtet ist, wenn also seine **Gewahrsame am Vermögenswert unberechtigt** ist. Nur wenn es auch in dieser Situation bei einer Gläubigerprivilegierung bleibt und der Gleichbehandlungsgrundsatz zugunsten des innehabenden Gläubigers zur Seite geschoben wird, ist der prozessuale Synallagmaschutz unbeeinträchtigt; der vorleistungspflichtige Vertragspartner ist dann Massegläubiger.

7. Zu untersuchen ist daher im Folgenden die eben angesprochene, bislang aber noch ungelöste Schlüsselfrage: Greift Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame/Dispositionsentziehung ebenso dann ein und verdrängt es damit die Gläubigergleichbehandlung, wenn der Gläubiger zur Gewahrsame am Vermögenswert nicht berechtigt ist?

1284 In diesem Sinne schon *Motive* KO 69 = *Hahn*, Materialien 104. Ebenso betonen Rechtsprechung (OGH 3 Ob 92/03 f in SZ 2004/12 = wobl 2005, 383/141 = MietSlg LVI/6) und Schrifttum (*Konecny* in Konecny, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 14), dass es bei Einschnitten in die Rechtsposition einzelner Vertragspartner nicht darum geht, den Schuldner zu bevorzugen, sondern die Interessen der Gläubigergemeinschaft zu verfolgen; siehe etwa auch *Riss*, ZIK 2011, 168 (168).

1285 3. Kapitel § 4 C; S 237 ff.

B. Erweiterung des Prinzips der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame

I. Vorleistungs-/Kreditierungspflicht und Dispositionsentziehung

1. Nach der hier vorgestellten These ist Gläubigerprivilegierung dadurch gerechtfertigt, dass ein Vermögenswert faktischen und rechtlichen Verfügungen des Schuldners entzogen ist[1286]. Eine derartige **Dispositionsentziehung** ist – wie dargelegt[1287] – in erster Linie in **Aufrechnungs- und Zurückbehaltungslagen** zugunsten des Gläubigers verwirklicht; sie blockieren nicht nur Verfügungen des Schuldners selbst, sondern schützen ebenso gegen (exekutive) Zugriffe Dritter. Das stellt sicher, dass sich der Vermögenswert nicht aus dem schuldnerischen Haftungsfonds verflüchtigen kann. Für bestimmte Konstellationen sind Aufrechnung und Zurückbehaltung allerdings gesetzlich ausgeschlossen. Hierin könnte ein Hindernis liegen, wenn man einen vorleistungspflichtigen Gläubiger, der einen Vermögenswert in seiner Gewahrsame hat, privilegieren will. Nach § 1440 Satz 2 ABGB sind eigenmächtig oder listig entzogene, entlehnte, in Verwahrung oder in Bestand genommene Stücke kein Gegenstand der Zurückbehaltung und Kompensation; für den Bestandvertrag wiederholt das ABGB diesen Ausschluss ausdrücklich (§ 1109 Satz 2 ABGB)[1288]. Ferner ist das unternehmerische Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung einer spätestens bei Übergabe erteilten Anweisung oder übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit der Sache zu verfahren, widerstreitet (§ 369 Abs 3 UGB). Die im Gesetz explizit verankerten **Verbote von Aufrechnung** und **Zurückbehaltung** wirken nach herrschender Auffassung[1289] in der **Insolvenz** fort und ziehen den **Verlust der daran knüpfenden Gläubigerprivilegierung** durch bevorzugte Befriedigung (§ 10 Abs 2 IO; §§ 19, 20 IO) nach sich. Dass diese Ausschlüsse mit ihrer Wirkung ins Insolvenzverfahren hineinreichen, leuchtet ohne weiteres ein, wenn man die zuvor[1290] vorgestellten Thesen zu ratio und Funktionsweise der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung zugrunde legt. Nach dem hier entwickelten Verständnis muss die insolvenzfeste Stellung verloren gehen, wenn Aufrechnung

1286 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.2.d; S 268 ff.

1287 3. Kapitel § 4 C.III.3; S 276 ff.

1288 Zur dieser Doppelregelung siehe nur Herrenhausbericht 81 und 199, sowie *Dullinger*, Aufrechnung 107.

1289 Zum Aufrechnungsverbot: *Dullinger*, Aufrechnung 309; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 19 KO Rz 10; *Schubert* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 4. Zum Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts: *Apathy* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 10 KO Rz 16; *Deixler-Hübner* in Konecny, Insolvenzgesetze § 10 IO Rz 32.

1290 3. Kapitel § 4 C.III; insbesondere S 268 ff.

und Zurückbehaltung ausgeschlossen sind. Denn wie betont (S 268 ff), darf nicht jeder innehabende Gläubiger darauf vertrauen, dass der Vermögenswert wegen seiner Gewahrsame weiterhin dem schuldnerischen Haftungsfonds angehört, sondern nur derjenige, dessen Gewahrsame Dispositionsentziehung hinsichtlich des betreffenden Vermögenswerts bewirkt; das ist Voraussetzung seines bevorzugten Befriedigungsrechts. Die angesprochenen gesetzlichen Ausschlusstatbestände verwehren es dem Gläubiger in bestimmten Situationen, seine Gewahrsame an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert aufrechtzuerhalten. Über Verlangen muss der Gläubiger den Vermögenswert an den Schuldner leisten oder herausgeben; der Schuldner kann also wirksam darüber verfügen, was sonst – solange Aufrechnung und Zurückbehaltung zulässig sind – wegen des Traditionsprinzips blockiert ist. Ist ein Ausschlusstatbestand erfüllt, muss der Gläubiger folglich die ätherische Flüchtigkeit im schuldnerischen Haftungsfonds (S 272) in Kauf nehmen. Selbst wenn der Schuldner den Vermögenswert dem innehabenden Gläubiger nicht unmittelbar abverlangt, muss der Gläubiger damit rechnen, dass der Vermögenswert dem schuldnerischen Haftungsfonds entzogen wird: Zum einen kann der Schuldner über den in Gläubigergewahrsame befindlichen Vermögenswert mittels Besitzanweisung oder Abtretung seines Leistungsanspruchs wirksam zugunsten eines Dritten verfügen; wegen des Aufrechnungs-/Zurückbehaltungsausschlusses kommt dem innehabenden Gläubiger gegenüber den Ansprüchen des Dritten – anders als sonst (oben S 279) – keine Einrede zu. Zum anderen ist der innehabende Gläubiger nicht mehr davor geschützt, dass Dritte exekutiv auf den Vermögenswert greifen[1291]. Ist ein gesetzlicher Ausschlusstatbestand erfüllt, darf der Gläubiger somit trotz Gewahrsame nicht darauf vertrauen, der Vermögenswert werde Teil des schuldnerischen Haftungsfonds bleiben und in Zukunft als Objekt seines Befriedigungsrechts zur Verfügung stehen; es ist daher nicht gerechtfertigt, den innehabenden Gläubiger gegenüber anderen ungesicherten Gläubigern durch bevorzugte Befriedigung zu privilegieren.

2. Diese gesetzlichen Aufrechnungs-/Zurückbehaltungsausschlüsse und die ihnen zugrunde liegenden Wertungen scheinen im hier interessierenden Zusammenhang, also bei **Vorleistungspflicht** bedeutsam. Wenn der Gläubiger einen Vermögenswert in seiner Gewahrsame behält, obwohl er ihn aufgrund

1291 Die Pfändung des beim innehabenden Gläubiger befindlichen Vermögenswert setzt grundsätzlich voraus, dass er zur Herausgabe bereit ist (§ 262 EO). Doch selbst wenn er die Herausgabe verweigert, kann der betreibende Drittgläubiger im Wege der Anspruchsexekution (§ 338 EO) den Leistungs-/Herausgabeanspruch des Schuldners gegen den innehabenden Gläubiger pfänden lassen. Stehen dem innehabenden Gläubiger infolge des Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsauschlusses dagegen keine Einwendungen zu, kann er die Herausgabe und Verwertung des Vermögenswerts letztlich nicht verhindern. Siehe dazu schon oben 3. Kapitel § 4 C.III.3.a; insbesondere S 278 f mit weiteren Hinweisen.

einer fälligen Vorleistungspflicht bereits zu leisten/herauszugeben hätte, könnte das den Situationen der unberechtigten Gläubigergewahrsame **gleichzuhalten** sein, wie sie die angesprochenen Ausnahmebestimmungen (§§ 1109 Satz 2, § 1440 Satz 2 ABGB; § 369 Abs 3 UGB) regeln. Die freiwillig übernommene Vorleistungspflicht stellt – von den Fällen der Unsicherheitseinrede (§ 1052 Satz 2 ABGB) abgesehen, die hier aber nicht weiter interessieren[1292] – ebenso eine Situation her, in der der **Gläubiger an sich nicht berechtigt** ist, den Vermögenswert, auf den der Schuldner Anspruch hat, in seiner Gewahrsame zu behalten. Der Gläubiger muss damit rechnen, dass ihn der Schuldner jederzeit auf Leistung oder Herausgabe in Anspruch nimmt; er darf somit trotz Gewahrsame am Vermögenswert nicht damit rechnen, dass der Vermögenswert Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt. Bejaht man eine entsprechende Rechtsähnlichkeit zwischen Vorleistungspflicht und den gesetzlichen Ausschlusstatbeständen, wäre dem vorleistungspflichtigen Gläubiger demnach eine insolvenzfeste Position jedenfalls zu versagen – und zwar eben auch dann, wenn er den Vermögenswert noch in Händen hält.

II. Schlicht unberechtigte und qualifiziert unberechtigte Gläubigergewahrsame

1. Ausgangsüberlegungen/Differenzierungsbedarf

1. Entscheidend ist damit, ob die fällige Vorleistungspflicht einem der gesetzlichen Ausschlusstatbestände gleichzuhalten ist; bejaht man das, verliert der vorleistungspflichtige Gläubiger trotz Gewahrsame am Vermögenswert sein bevorzugtes Befriedigungsrecht. Bevor man dem nachgeht, ist allerdings vorgeschaltet noch eine Frage zu behandeln, die sich aufdrängt. Denn schon nach den einleitenden Überlegungen kann zweifelhaft sein, ob ein Rekurs auf die genannten Ausschlusstatbestände überhaupt erforderlich ist. Befindet sich ein Gläubiger nämlich – so wie in den hier interessierenden Konstellationen der Vorleistungspflicht – mit der Leistung/Herausgabe des in seiner Gewahrsame befindlichen Vermögenswerts in **Verzug**, kann der Schuldner jedenfalls von ihm verlangen, die Gewahrsame am Vermögenswert aufzugeben. Sich auf ein gesetzliches Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsverbot zu berufen, scheint daher gar nicht notwendig; bei einer fälligen Leistungs-/Herausgabepflicht müsste man stets zum Ergebnis gelangen, dass der Gläubiger die Gewahrsame am Vermögenswert gegen den Willen des Schuldners nicht aufrechterhalten kann, sodass der Gläubiger nicht damit rechnen darf, dass

1292 Sind dem Vorleistungspflichtigen die schlechten Vermögensverhältnisse trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt unbekannt geblieben, steht ihm jedenfalls die insolvenzfeste Unsicherheitseinrede (§ 1052 Satz 2 ABGB; § 21 Abs 3 IO) zu, sodass seine bevorzugte Befriedigung ohnehin außer Frage steht. Siehe oben S 140.

der Vermögenswert Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt. Eine solche Sichtweise greift jedoch zu kurz. Stellt man die in Betracht kommenden Konstellationen von Aufrechnungslagen und Zurückbehaltungslagen einander gegenüber, zeigt sich nämlich, dass das positive Recht keineswegs alle Gläubiger gleich behandelt, die **unberechtigt** einen vom Schuldner zu beanspruchenden **Vermögenswert ihrer Gewahrsame** haben: Innerhalb dieser Gruppe wird – wie vorwegzunehmen ist – unter anderem danach unterschieden, ob den Gläubiger hinsichtlich des Vermögenswerts bloß eine fällige Leistungs-/Herausgabepflicht trifft, oder ob noch weitere Momente hinzutreten, die seine Gewahrsame darüber hinaus verpönt erscheinen lassen; solche besonderen Momente sind in den gesetzlichen Ausschlusstatbeständen definiert. Es bietet sich an, prägnant von **schlicht unberechtigter Gläubigergewahrsame** im Gegensatz zu **qualifiziert unberechtigter Gläubigergewahrsame** zu sprechen. Wie sich herausstellen wird, muss man die beiden Fallgruppen voneinander trennen, wenn man prüft, ob der Gläubiger das bevorzugte Befriedigungsrecht am Vermögenswert in seiner Gewahrsame deswegen verliert, weil die Gewahrsame unberechtigt ist.

2. Im Folgenden ist zu untersuchen, wie und wo das positive Recht zwischen schlicht unberechtigter und qualifiziert unberechtigter Gläubigergewahrsame differenziert. Unberechtigte Gläubigergewahrsame begegnet dem Rechtsanwender naturgemäß im Wesentlichen in Aufrechnungslagen und in Zurückbehaltungslagen. Diese beiden Rechtsinstitute bringen – wie schon dargelegt[1293] – das Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung zum Ausdruck; sie gewähren dem Gläubiger wegen der mit Gläubigergewahrsame verbundenen Dispositionsentziehung und wegen des dadurch begründeten Vertrauens auf den schuldnerischen Haftungsfonds bevorzugte Befriedigung aus dem Vermögenswert (§ 19 und § 10 Abs 2 IO). In beiden Fällen ist aber denkbar, dass sich der Vermögenswert unberechtigterweise in Gläubigergewahrsame befindet. Wie eben angedeutet können hierfür verschiedene Gründe Ursache sein. Damit erhebt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen bei faktisch noch bestehender, aber unberechtigter Gläubigergewahrsame das bevorzugte Befriedigungsrecht am Vermögenswert erhalten bleibt oder verloren geht.

2. Aufrechnungslage

1. Nimmt man zunächst die Aufrechnungslage in Augenschein, ist die eingangs angeklungene Differenzierung innerhalb der Fälle von unberechtigter Gläubigergewahrsame besonders leicht greifbar. Selbst wenn sich der Gläubiger mit Erfüllung der Hauptforderung bereits in Verzug befindet und seine Gegenforderung danach fällig wird, kann er die Aufrechnungslage dennoch nutzen, um sich aus der Gegenforderung bevorzugt zu befriedigen. Es be-

1293 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.3; S 276 ff.

steht hier zwar eine fällige Leistungspflicht des Gläubigers hinsichtlich des Vermögenswerts in seiner Gewahrsame (fällige Hauptforderung); diese bloß **schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame hebt** die **Wirkung der Dispositionsentziehung** jedoch **nicht auf**.

Ein **Beispiel** soll das illustrieren: G schuldet S 100 mit Fälligkeit am 1. Jänner (Hauptforderung = Forderung von S); G gerät mit der Zahlung in **Verzug**. Am 1. Februar wird eine Verbindlichkeit von S gegenüber G über 120 (Gegenforderung) fällig. Wenngleich sich G in Verzug befindet, kann er ohne weiteres die **Aufrechnung** erklären und auf diesem Wege (bevorzugte) Befriedigung erlangen. Die Aufrechnung setzt nämlich bloß voraus, dass die Gegenforderung (Gs Forderung) fällig ist[1294]; nicht erforderlich ist hingegen, dass die Gegenforderung vor oder gleichzeitig mit der Hauptforderung (Forderung von S) fällig wird[1295]. Mit anderen Worten: Es schadet nicht, dass sich der Aufrechnende (G) im Verzug befindet. Daran ändert auch die Insolvenzeröffnung nichts[1296], weil eine bereits bestehende Aufrechnungsmöglichkeit von der Insolvenz unberührt bleibt[1297] und weil zudem die Aufrechnung explizit selbst dann zulässig ist, wenn „die Forderung des Gläubigers oder des Schuldners zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch bedingt oder betagt ist" (§ 19 Abs 2 IO). Anderes würde nur gelten, wenn ein Fall des § 20 Abs 1 Fall 3 IO vorliegt; das ist aber in den hier interessierenden Konstellationen des Verzugs mit der Vorleistungspflicht aus einem Aus-

1294 Statt aller siehe nur *Holly* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON$^{1.06}$ § 1439 Rz 8; OGH 6 Ob 263/00w in ÖBA 2002, 328. In der Insolvenz entfällt sogar diese Voraussetzung (§ 19 Abs 2 Satz 2 IO).

1295 Siehe nur *Gschnitzer* in Klang, ABGB^2 VI 505; *Holly* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON$^{1.06}$ § 1439 Rz 9; *Iro*, ZAS 1983, 223 (226).

1296 Explizit zu demselben Ergebnis – (bevorzugtes) Befriedigungsrecht durch Aufrechnung in der Insolvenz, wenn die bereits fällige Hauptforderung bei Entstehen der Gegenforderung noch unberichtigt ist – gelangt *Wilmowsky*, NZG 1998, 481 (484). Allerdings macht das **deutsche Insolvenzrecht** eine Ausnahme, wenn zwischenzeitig (also nach Fälligkeit der Hauptforderung aber vor Fälligkeit der Gegenforderung) das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (amtl Begr zu § 107 RegE, BT-Drucks 12/2443 S 141; *Häsemeyer*, Kölner Schrift^3 Kap 15 Rz 26 [S 468]; *Wilmowsky*, aaO 486 und 489; *Höhn/Kaufmann*, Jus 2003, 751 [754]). Diese Einschränkung knüpft jedoch an die spezielle deutsche Gesetzeslage an, wonach eine Aufrechnung ausgeschlossen ist, wenn die Hauptforderung des Schuldners nach (!) Insolvenzeröffnung fällig wird, jedoch bevor aufgerechnet werden kann, das heißt, bevor die Gegenforderung des Gläubigers fällig wird (§ 94 Abs 1 Satz 3 InsO; anders noch § 54 Abs 1 dKO). Im Gegensatz dazu ist es nach österreichischem Recht für die Aufrechnung in der Insolvenz unerheblich, ob „die Forderung des Gläubigers oder des Schuldners zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch bedingt oder betagt" ist (§ 19 Abs 2 IO). Diese im deutschen Rechtsbereich vorgesehene, teilweise kritisierte (*Häsemeyer*, Insolvenzrecht^4 Rz 19.01; *derselbe*, Kölner Schrift^3 Kap 15 Rz 10 [S 464]) Einschränkung ist auf das österreichische Recht somit nicht übertragbar.

1297 Siehe nur *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 477 f; *Schubert* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 3 je mit weiteren Hinweisen.

tauschverhältnis (insbesondere Vorbehaltskauf) ausgeschlossen. Dieser Ausnahmetatbestand kann im Folgenden beiseite gelassen werden[1298].

Ausgehend vom hier entwickelten Verständnis erscheint die eben dargestellte Lösung konsequent: Danach bedeutet eine Aufrechnungslage, dass sich ein vom Schuldner (S) zu beanspruchender Vermögenswert (100) noch in Gläubigergewahrsame (bei G) befindet und dass sich der innehabende Gläubiger wegen der damit bewirkten Dispositionsentziehung bevorzugt daraus befriedigen kann[1299]. Das Beispiel zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass der Gläubiger (G) diesen Vermögenswert wegen der fälligen Zahlungspflicht (Hauptforderung) bereits leisten/herausgeben hätte müssen. Der Gläubiger befindet sich also in Verzug, der vom Schuldner zu beanspruchende **Vermögenswert** befindet sich **unberechtigt in Gläubigergewahrsame**. Dennoch kann der innehabende Gläubiger damit rechnen, dass der Vermögenswert (100) weiterhin Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt. Zwar kann der Schuldner zugunsten Dritter über den Vermögenswert verfügen (Abtretung); ebenso können andere Gläubiger des Schuldners exekutiv auf den Vermögenswert greifen. Doch kann der Gläubiger in beiden Konstellationen immer noch aufrechnen und sich Befriedigung verschaffen, nachdem die Rechtszuständigkeit am Vermögenswert gewechselt hat[1300]. Demnach ist also nach wie vor – trotz unberechtigter Gläubigerge-

---

1298 Dieser Tatbestand schließt die Aufrechnung in der Insolvenz aus, wenn der Gläubiger die Gegenforderung vor der Insolvenzeröffnung erworben hat, jedoch zur Zeit des Erwerbs die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte oder kennen musste, es sei denn, der Erwerb liegt länger als sechs Monate vor Insolvenzeröffnung zurück. Nach herrschender Auffassung greift diese Ausnahme nur ein, wenn die Gegenforderung des Gläubigers zeitlich nach der Hauptforderung der Masse (des Schuldners) entsteht; nicht ausgeschlossen ist daher eine Aufrechnung mit Gegenforderungen des Gläubigers, die vor oder gleichzeitig mit der Hauptforderung des Schuldners entstanden sind (*Dullinger*, Aufrechnung 335; *Schubert* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 54; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 20 KO Rz 23; *Perner* in KLS, IO[2] § 19 Rz 15; näher dazu vor allem *Rebernig*, ZIK 1998, 185 [185 f] mit weiteren Nachweisen). Da in den hier interessierenden Fällen des Verzugs mit einer Vorleistungspflicht (insbesondere beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt) die Hauptforderung des Schuldners (Eigentumsverschaffung) und die Gegenforderung des Gläubigers (Kaufpreiszahlung) gleichzeitig entstehen (nämlich mit Zustandekommen des Kaufvertrages), kommt dieser Ausnahme für die gegenständlichen Überlegungen keine Relevanz zu.

1299 Ausführlich oben 3. Kapitel § 4 C.III.3.a und b; S 276 ff.

1300 Gegenüber dem *Zessionar* ergibt sich das aus § 1394, § 1396 Satz 1 Halbsatz 2 ABGB (oben S 279 bei und in FN 1131 samt Nachweisen). Die Aufrechnungsmöglichkeit nach Pfändung und Überweisung (gegenüber dem Überweisungsgläubiger) folgt aus § 308 Abs 1 EO: Entrichtung […] nach Maßgabe des Rechtsbestands der gepfändeten Forderung (siehe bloß *Zechner*, Forderungsexekution § 308 Rz 3 [S 349]; *Oberhammer* in Angst/Oberhammer, EO[3] § 308 Rz 4; *Höllwerth* in Deixler-Hübner, EO § 308 Rz 39a; jeweils noch zur Rechtslage vor der Reform des Exekutionsrechts). Voraussetzung ist lediglich, dass die Gegenforderung des Drittschuldners (= des in-

wahrsame – **effektive Dispositionsentziehung** anzunehmen; es erscheint nur konsequent, dass das **bevorzugte Befriedigungsrecht des Gläubigers** in der Insolvenz **erhalten bleibt**.

Hinzu kommt, dass die Aufrechnung in der Insolvenz nicht nur bei Verzug mit der Hauptforderung, sondern grundsätzlich selbst dann zulässig bleibt, wenn der Gläubiger in ein **Kompensationsverbot** eingewilligt hat: Nach § 6 Abs 1 Z 8 KSchG sind unter anderem Vertragsbestimmungen unwirksam, nach denen das Aufrechnungsrecht des Verbrauchers für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers ausgeschlossen wird. Generell sieht die herrschende Auffassung[1301] vertragliche Aufrechnungsausschlüsse für den **Fall der Insolvenz** im Zweifel als nicht gewollt an; teilweise wird sogar vertreten, dass sie auch außerhalb des Verbrauchergeschäfts sittenwidrig[1302] oder zumindest in allgemeinen Geschäftsbedingungen gröblich benachteiligend[1303] (§ 879 Abs 3 ABGB) und daher **unwirksam** sind.

Im Ergebnis ist für die insolvenzfeste Position des Gläubigers damit allein ausschlaggebend, dass sich der Vermögenswert faktisch (noch) in seiner Gewahrsame befindet. Die damit weiterhin aktuelle Dispositionsentziehung erlaubt ihm, auf fortbestehende Zugehörigkeit zum schuldnerischen Haftungsfonds zu bauen; ob der Gläubiger den Vermögenswert auf Grund einer Leistungs-/Herausgabepflicht bereits hätte aus der Hand geben müssen, ist hierfür in Aufrechnungslagen ohne Belang. Mit diesem Befund steht in Einklang, wenn treffend betont wird, dass eine Aufrechnungslage den Gläubiger unabhängig von einem Synallagma, also auch unabhängig von einer Vorleistungspflicht in der Insolvenz sichert[1304].

2. Andere Rechtsfolgen greifen erst dann ein, wenn eines der **gesetzlichen Aufrechnungsverbote** verwirklicht ist, das heißt, wenn – um bei der eingangs (S 332) gewählten Terminologie zu bleiben – **qualifiziert unberechtigte Gläubigergewahrsame** vorliegt. Zwar befindet sich auch hier ein vom Schuldner zu beanspruchender Vermögenswert in Gläubigergewahrsame,

nehabenden Gläubigers) bereits vor Pfändung der Hauptforderung des verpflichteten Schuldners entstanden ist (Nachweise oben S 278 FN 1128).

1301 *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren³ 606; *Dullinger* in Rummel, ABGB³ § 1440 Rz 32; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 19 KO Rz 15; *Schubert* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 8; *P. Bydlinski* in KBB, ABGB⁷ § 1440 Rz 9; *Heidinger* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1440 Rz 23. OGH 7 Ob 573/94 in SZ 67/169; 7 Ob 1277/96i in SZ 69/236; 6 Ob 288/03a in SZ 2004/105; 7 Ob 118/08s in ÖBA 2009, 545 = EvBl 2009/46 = ZIK 2009, 29/42; RIS-Justiz RS0033940.

1302 *Holly* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON$^{1.06}$ § 1440 Rz 33 ff mit Nachweisen. Einschränkend aber *Dullinger* in Rummel, ABGB³ § 1440 Rz 31 f, und *dieselbe*, Aufrechnung 142 f: nur bei Ungleichgewichtslage. Siehe auch OGH 7 Ob 105/99p in MietSlg 51.202.

1303 Dazu *Iro/Kellner/Riss* in Bollenberger/Oppitz, Bankvertragsrecht³ I Rz 1/437.

1304 *Windel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 94 Rz 9.

dennoch darf der Gläubiger in diesen Fällen nicht aufrechnen und damit nicht unmittelbar auf diesen Vermögenswert greifen, um sich zu befriedigen. **Trotz Gläubigergewahrsame** am Vermögenswert **verliert** der Gläubiger sein **bevorzugtes Befriedigungsrecht**.

Anknüpfend an das zuvor gebildete **Beispiel** der Aufrechnungslage lässt sich dies veranschaulichen: G schuldet dem S 100; diese (Haupt-)Forderung von S ist bereits fällig. In Abwandlung des Sachverhalts kommt nun hinzu, dass die (Haupt-)Forderung von S aus einer **eigenmächtigen Entziehung** des Vermögenswerts durch G resultiert. Gleichzeitig besteht wiederum eine (Gegen-)Forderung von G gegen S über 120. Anders als im Grundsachverhalt kann G nicht mit seiner (Gegen-)Forderung (120) aufrechnen, weil ein **Ausschlusstatbestand** nach § 1440 Satz 2 ABGB verwirklicht ist. Mangels Aufrechnungsmöglichkeit muss G vielmehr die Hauptforderung von S (100) bezahlen und seine Gegenforderung (120) eigens gegen S durchsetzen. Worin liegt die normativ relevante Abweichung zum ersten Beispiel? Das tritt sogleich zutage, wenn man die abgewandelte Situation mithilfe des zuvor entwickelten Verständnisses von Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung analysiert; damit vermag man ebenso den Unterschied in den Rechtsfolgen zu erklären: Auch im nun abgewandelten Fall befindet sich ein vom Schuldner (S) zu beanspruchender Vermögenswert (100) in Gläubigergewahrsame (= bei G); Übereinstimmung mit der Ursprungsvariante besteht ferner dahin, dass die Gläubigergewahrsame unberechtigt ist. Anders als im Grundsachverhalt liegt dies jedoch nicht allein an der Fälligkeit der Zahlungspflicht des Gläubigers, sondern es tritt ein weiteres Moment hinzu, dass Gläubigergewahrsame und Dispositionsentziehung besonders verpönt erscheinen lässt: die eigenmächtige Entziehung des Vermögenswerts im Sinne von § 1440 Satz 2 ABGB. Die einhellig anerkannte Lösung des Grundsachverhalts (fällige Zahlungspflicht des Gläubigers) hat gezeigt, dass für das bevorzugte Befriedigungsrecht grundsätzlich allein der faktische Umstand ausschlaggebend ist, ob sich der Vermögenswert (noch) in Gläubigergewahrsame befindet. Ob der Gläubiger den Vermögenswert wegen einer fälligen Leistungspflicht bereits hätte aus der Hand geben müssen, ob die Gläubigergewahrsame also unberechtigt ist, ist nicht von Belang. Das Gesetz sanktioniert den Gläubiger aber sehr wohl mit Verlust des bevorzugten Befriedigungsrechts, wenn die Gläubigergewahrsame nicht bloß schlicht unberechtigt ist, sondern wegen eines weiteren Moments zudem als besonders verpönt einzustufen ist: Immer (erst) wenn einer der gesetzlichen Ausschlusstatbestände verwirklicht ist und daher **qualifiziert unberechtigte Gläubigergewahrsame** vorliegt, ist dem Gläubiger die Aufrechnungsmöglichkeit versagt; Verfügungen zugunsten Dritter (Abtretung) und exekutive Zugriffe anderer Gläubiger können somit den Vermögenswert dem schuldnerischen Haftungsfonds entziehen. **Trotz Gläubigergewahrsame** greift also **keine Dispositionsentziehung** ein, sodass konsequenterweise **kein bevorzugtes Befriedigungsrecht** am Vermögenswert zu gewähren ist. G darf sich daher nicht aus dem in seiner

Gewahrsame befindlichen und von S zu beanspruchenden Vermögenswert Befriedigung verschaffen.

3. In der Behandlung der Aufrechnungslage spiegelt sich demnach jene Differenzierung wider, die schon eingangs angedeutet wurde: **unberechtigte Gläubigergewahrsame** am Vermögenswert wirkt nicht immer gleich auf das bevorzugte Befriedigungsrecht des Gläubigers. Die schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame beeinträchtigt die Aufrechnungsmöglichkeit und somit das bevorzugte Befriedigungsrecht nicht. Nur wenn einer der gesetzlichen Ausschlusstatbestände verwirklicht ist und somit qualifiziert unberechtigte Gläubigergewahrsame vorliegt, hat der Gläubiger trotz Gewahrsame am Vermögenswert kein bevorzugtes Befriedigungsrecht.

3. Zurückbehaltungslage

a. Vergleich mit Aufrechnungslage

1. Wie gezeigt geht das bevorzugte Befriedigungsrecht infolge Gläubigergewahrsame in Aufrechnungslagen nur verloren, wenn die Gläubigergewahrsame am Vermögenswert qualifiziert unberechtigt ist (etwa nach § 1440 Satz 2 ABGB); schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame, insbesondere ein bloß fälliger Leistungsanspruch gegen den Gläubiger ändert am bevorzugten Befriedigungsrecht hingegen nichts. In Erinnerung zu rufen ist, dass Aufrechnungslagen und Zurückbehaltungslagen nach dem hier vorgestellten Ansatz auf demselben Gedanken beruhen: Dispositionsentziehung durch Gläubigergewahrsame rechtfertigt es, den Gläubiger bevorzugt zu befriedigen und ihn auf diesem Wege zu privilegieren[1305]. Und ebenso auf Basis des herkömmlichen Verständnisses spricht man allgemein davon, dass das **Zurückbehaltungsrecht** im Grundsatz **funktional der Aufrechnung entspricht**[1306]. Zwar wird als Unterschied herausgestrichen, im Gegensatz zum Zurückbehaltungsrecht sichere die Kompensation nicht nur die eigene Forderung, sondern sie bewirke zudem unmittelbar deren Befriedigung[1307]. Ge-

1305 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.3; S 276 ff (insbesondere Pkt c; S 282 f).

1306 So explizit etwa die amtl Begr zum RegE EGInsO (BR-Drucks 511/92, S 83), mit welchem sowohl die insolvenzrechtlichen Privilegierungen der Aufrechnung (vgl § 54 dKO; nun §§ 94 ff InsO) als auch das Notzurückbehaltungsrecht des § 370 dHGB beseitigt wurden (näher dazu unten S 359). Der dogmatisch-konstruktive Gleichlauf der Gläubigerprivilegierung bei Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht wird für die österreichische Rechtslage zudem schon angesichts der einheitlichen Regelung in § 1440 Satz 2 ABGB anzunehmen sein. Siehe auch die rechtshistorischen Hinweise unten S 339 f FN 1316. Deutlich in diesem Sinne ferner auch *Schrutka-Rechtenstamm*, Compensation 20; *Wolff*, ArchBR 26, 315 (317 f). Anschaulich ferner etwa auch *Krüger* in MünchKomm-BGB[9] § 273 Rz 75.

1307 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 157; *Dullinger*, Aufrechnung 2; *Krüger* in MünchKomm-BGB[9] § 273 Rz 75.

mein ist beiden Instituten jedoch, dass der Gläubiger wirtschaftlich betrachtet auf das Schuldnervermögen greifen kann[1308]: Steht dem innehabenden Gläubiger nämlich ein Zurückbehaltungsrecht am Vermögenswert zu, kann er im Rang seines Zurückbehaltungsrechts ein exekutives Pfandrecht daran begründen[1309]; in der Insolvenz ist er als Absonderungsgläubiger zu behandeln (§ 10 Abs 2 IO). Genauso wie in Aufrechnungslagen besteht also zugunsten des zurückbehaltungsberechtigten Gläubigers ein bevorzugtes Befriedigungsrecht an dem in seiner Gewahrsame befindlichen Vermögenswert.

Der dogmatisch-konstruktive Gleichlauf von Aufrechnungslage und Zurückbehaltungslage lässt erwarten, dass das positive Recht da wie dort zwischen schlicht unberechtigter und qualifiziert unberechtigter Gläubigergewahrsame differenziert. Wie eben für Aufrechnungslagen diagnostiziert[1310], ist das bevorzugte Befriedigungsrecht gegenüber schlicht unberechtigter Gläubigergewahrsame infolge fälliger Leistungspflicht immun; das gilt bei Aufrechnungslagen, wenn also Leistung und Gegenleistung gleichartige (§ 1440 ABGB) Vermögenswerte zum Inhalt haben. Gilt dies ebenso bei Verzug mit der Leistung oder Herausgabe ungleichartiger Vermögenswerte? Das einzig Trennende scheint die **Ungleichartigkeit der Vermögenswerte** zu sein. Doch gibt dieser Unterschied prima vista keinen Anlass, andere (strengere) Voraussetzungen dafür zu verlangen, dass ein Gläubiger mit Gewahrsame an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert privilegiert wird. Konkret müsste daraus folgen, dass dem innehabenden Gläubiger – in Übereinstimmung mit Aufrechnungslagen – stets ein bevorzugtes Befriedigungsrecht am Vermögenswert zusteht, das nur entfällt, wenn ein Ausschlusstatbestand verwirklicht ist und somit qualifiziert unberechtigte Gläubigergewahrsame vorliegt.

2. Dass das positive Recht auf diese Weise zwischen schlicht unberechtigter und qualifiziert unberechtigter Gläubigergewahrsame differenziert, ist allerdings nicht zu erkennen, wo es um Zurückbehaltung ungleichartiger Vermögenswerte geht. Wie schon betont[1311], reicht allein faktische Gläubigergewahrsame generell noch nicht aus, um ein bevorzugtes Befriedigungsrecht am betreffenden Vermögenswert zu rechtfertigen; vielmehr muss die Gläubigergewahrsame zudem eine effektive **Dispositionsentziehung** bewirken: Nur wenn Verfügungen des Schuldners über den Vermögenswert zugunsten Dritter (Abtretung) sowie exekutive Zugriffe anderer Gläubiger darauf (durch Anspruchsexekution) ins Leere laufen, kann der innehabende Gläubi-

1308 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 137 und 157, der dies allerdings – meines Erachtens zu eng (dazu sogleich im Text) – nur auf die spezielle Form der Inanspruchnahme „ohne Einschaltung staatlicher Rechtspflege“ bezieht.

1309 Dazu samt Nachweisen unten S 344 FN 1341.

1310 Oben Pkt 2; S 332 ff.

1311 Als geprüft wurde, ob das Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung verallgemeinerungsfähig ist (3. Kapitel § 4 C.III.3.c; S 282 ff).

ger damit rechnen, dass der in seiner Gewahrsame befindliche Vermögenswert Teil des schuldnerischen Haftungsfonds bleiben wird. Damit ist es konsequent, wenn man § 10 Abs 2 IO in dem Sinne auslegt, dass das Absonderungsrecht des innehabenden Gläubigers ein „echtes“ **Zurückbehaltungsrecht** voraussetzt, das ihn von der Pflicht zur Leistung/Herausgabe des Vermögenswerts entbindet[1312]. Erst wenn ein solches Recht dem innehabenden Gläubiger zusteht, sind **Verfügungen des Schuldners** zugunsten Dritter und **exekutive Zugriffe anderer Gläubiger**[1313] blockiert; nur dann ist garantiert, dass der Vermögenswert Teil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt. Zurückbehaltungsbefugnisse, die derartigen Schutz gewähren, sieht das österreichische Privatrecht für ungleichartige Vermögenswerte aber im Allgemeinen – verglichen mit den Aufrechnungsmöglichkeiten – nur sehr eingeschränkt vor, nämlich grundsätzlich bloß zur Sicherung fälliger und konnexer Forderungen[1314]. Demnach reicht allein die faktische Zurückbehaltung in Gläubigergewahrsame in der Tat gerade nicht aus, um den Vorteil einer bevorzugten Befriedigung aus dem in Gläubigergewahrsame befindlichen Vermögenswert zu erheischen. Oder anders formuliert: Bereits die schlicht unberechtigte (weil nicht auf ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht gestützte) Gläubigergewahrsame schließt das bevorzugte Befriedigungsrecht am Vermögenswert aus.

Die Voraussetzungen für Gläubigerprivilegierung sind demnach gegenüber der Aufrechnung verschärft[1315]. Das ist kein selbstverständlicher, ja im Gegenteil vielleicht sogar ein unnatürlicher Regelungszustand, wie ein knapper rechtshistorischer Rückblick zeigt: Sowohl das römische Recht[1316] als

1312 Siehe nur *Apathy* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 10 KO Rz 16; *Deixler-Hübner* in Konecny, Insolvenzgesetze § 10 IO Rz 33.

1313 Dazu sogleich näher unten Pkt b; S 341 ff

1314 *Hofmann* in Rummel, ABGB^3 § 471 Rz 8; *Hinteregger/Pobatschnig* in Schwimann/Kodek, ABGB^5 § 471 Rz 8; *Eliskases* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB^3 § 471 Rz 12. Bloß im Detail differenzierend *Oberhammer/Domej* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON$^{1.03}$ § 471 Rz 8. In der Formulierung anders, im Ergebnis aber wohl nur marginal weitergehend *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 178 f: „konditionale Pflichtenbeziehung“; wohl beipflichtend *Kodek*, Einrede 74.

1315 Dies streicht etwa auch *Ehrenzweig*, Zahlungsunfähigkeit 5, heraus.

1316 Siehe die eingehende (rechtshistorische) Darstellung bei *Dernburg*, Compensation 418 ff (insbesondere 425 und 428): Nach römischem Recht stand dem Detentor allgemein die Zurückbehaltung offen; dies sogar ergänzt um das Recht, den gegen ihn geltend gemachten Herausgabeanspruch in Geld bemessen zu lassen und in der Folge zu kompensieren. Informativ auch *Dernburg*, Pfandrecht II 94 ff, mit ausführlicher Erörterung des sogenannten „Retentionsrechts wegen chirographischer Forderungen“ (zurückgehend auf eine Verordnung Kaiser Gordians aus dem Jahr 239; dazu näher *Schanbacher*, SZ (germ Abt) 114, 233 [insbesondere 239 ff], und *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 29 f mit weiteren Hinweisen). Danach durfte der Faustpfandgläubiger das Pfand nach Tilgung der besicherten Forderung zur Besicherung weiterer, nicht pfandgesicherter (= chirographischer) Forderungen zurückhalten. Die

auch das westgalizische Gesetzbuch[1317] und sogar noch der ABGB-Entwurf erster Lesung[1318] kannten eine allgemeine Zurückbehaltungsbefugnis des innehabenden Gläubigers zur Sicherung von nicht notwendigerweise konnexen Forderungen – und zwar offenbar gerade auch, wenn an sich schon ein fälliger Rückstellungs-/Herausgabeanspruch gegen den Gläubiger bestand[1319]. Die Redaktoren des ABGB entschieden sich jedoch bewusst dagegen, diese Rechtslage fortzuschreiben[1320]. Grund dafür waren allerdings keineswegs rechtssystematische Überlegungen, sondern – nota bene! – bloß eine in der Rechtswirklichkeit punktuell beobachtete Missbrauchsproblematik: In Westgalizien hatten Pächter die weite Zurückbehaltungsbefugnis nach früherer Rechtslage offenbar häufig vorgeschützt und Gegenforderungen behauptet, um die Rückstellung des Bestandobjekts zu verweigern[1321]. Angesichts dieser Historie verwundert es wenig, wenn man es mehrfach als überschießend kritisierte, dass das ABGB – offensichtlich allein ausgelöst durch die speziellen Missbrauchsfälle – das Zurückbehaltungsrecht weitreichend einschränkte[1322]; man plädierte dafür, ein generelles Zurückbehaltungsrecht anzuerkennen[1323],

---

historischen Wurzeln dieses Rechts dürften darin zu sehen sein, dass die Pfandverwertung in Rom durch den Pfandgläubiger selbst erfolgte; er brachte die Pfandsache zum Verkauf und trieb selbst den Kaufpreis ein. Hatte er einen Überschuss erzielt und waren neben der besicherten auch noch unbesicherte Forderungen gegen den Pfandbesteller offen, so rechnete er gegen den Herausgabeanspruch des Pfandbestellers auf die Hyperocha mit seiner unbesicherten Forderung auf (*Dernburg*, aaO 97).

1317 II Theil § 250 WGB lautete: „In der Regel ist zwar der Pfandnehmer verbunden, dem Pfandgeber nach getilgter Schuld die verpfändete Sache zurückzustellen. Allein es gebührt ihm noch das Zurückhaltungsrecht und ein neues verhältnißmäßiges Pfandrecht darauf; wenn er es auf eine andere, richtige und schon verfallene Forderung gründen kann. Eben dieses Recht steht in gleichen Umständen jedem andern redlichen Besitzer zu." Zu den Wurzeln im eben erwähnten (FN 1316) Gordianischen Zurückbehaltungsrecht *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 41.

1318 II. Theil § 182; dazu näher *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 44 f.

1319 Dies ergibt sich für das Westgalizische Gesetzbuch aus dem Umstand, dass das Zurückbehaltungsrecht unter anderem speziell für den Fall der Pfandrückstellung nach Tilgung der besicherten Forderung eingeräumt war; vgl FN 1317.

1320 Siehe nur *von Ohmeyer* in Stubenrauch, Commentar[8] I 679; detailliert auch *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 45 f.

1321 *Ofner*, Ur-Entwurf II 380; *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 45.

1322 So wohl schon *Schrutka-Rechtenstamm*, Compensation 21 FN 7. Zwar stellt sich die Behandlung von Zurückbehaltungsrechten in der Insolvenz nach deutscher Rechtslage etwas anders dar (das allgemeine Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB ist im Insolvenzverfahren wirkungslos; vgl § 51 Z 2 InsO). Auch dort wird aber explizit bemängelt, dass nicht zu erkennen ist, wie man rechtfertigen kann, dass die geschützte Aufrechnungslage und das nicht geschützte Zurückbehaltungsrecht unterschiedlich behandelt werden (*Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] Rz 18.20).

1323 Für ein allgemeines Zurückbehaltungsrecht kraft umfassender Rechtsanalogie etwa *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 179 ff. Siehe dazu auch schon oben S 189 f mit weiteren Hinweisen.

teilweise zumindest für Krisensituationen[1324]. Eben dieser Gedanke wird sich im Folgenden als nach wie vor aktuell erweisen[1325].

3. Das geltende Recht sieht nun zwar kein allgemeines, einer Aufrechnungslage gleichkommendes Zurückbehaltungsrecht (mehr) vor; allein die faktische Gläubigergewahrsame an vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswerten verschafft also keine insolvenzfeste Position im Sinne von § 10 Abs 2 IO. Allerdings zwingt dies noch nicht zu einem negativen Befund, was die Anerkennung einer **Gläubigerprivilegierung infolge (schlicht unberechtigter) Gläubigergewahrsame** betrifft. Zwar ist der Anwendungsbereich von § 471 ABGB eng gehalten; damit ist die Gläubigergewahrsame nur unter engen Voraussetzungen berechtigt und mit Dispositionsentziehung verknüpft. Daraus lässt sich aber noch nicht endgültig ableiten, dass Gläubigergewahrsame – mag sie auch (schlicht) unberechtigt sein – für das Befriedigungsrecht gar keine Rolle spielt. Das positive Recht stellt dem innehabenden Gläubiger nämlich sehr wohl Instrumente zur Verfügung, die ihm allein auf Grund seiner Gewahrsame an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert Schutz zuteilwerden lassen. Zum einen geschieht dies im Rahmen des Exekutionsrechts, indem es Dritten erschwert ist, auf Sachen des Verpflichteten zu greifen, die sich in der Gewahrsame des Gläubigers befinden[1326]; zum anderen verfügt der Gläubiger über besondere Sicherungs- und Befriedigungsrechte in „Notsituationen", die normalerweise – das heißt außerhalb der Krise – nicht bestehen[1327].

b. Schutz des innehabenden Gläubigers vor exekutiven Zugriffen

1. Fragt man danach, welcher Schutz dem innehabenden Gläubiger trotzdem – das heißt ohne allgemeine Zurückbehaltungsbefugnis – zusteht, führt der Blick zunächst ins Exekutionsrecht. In Erinnerung zu rufen ist, dass die Pfändung einer beweglichen Sache grundsätzlich zumindest Mitgewahrsame des verpflichteten Schuldners voraussetzt[1328]. Soll eine Sache in Exekution gezogen werden, die sich **nicht in der (Mit-)Gewahrsame des verpflichteten Schuldners** befindet, sondern bei jemand anderem, ist dessen **Herausgabebereitschaft** erforderlich (§ 262 EO); andernfalls kann die Pfändung (zunächst) nicht erfolgen[1329]. Die vom Gesetz geforderte Herausgabebereitschaft des

1324 *Armin Ehrenzweig*, Zahlungsunfähigkeit 8.

1325 Unten 3. Kapitel § 5 B.III; S 346 ff.

1326 Sogleich Pkt b.

1327 Dazu unten 3. Kapitel § 5 B.III; S 346 ff.

1328 § 253 Abs 1 Satz 1 EO: „Die Pfändung der in der Gewahrsame des Verpflichteten befindlichen körperlichen Sachen…" Siehe ferner *Mohr* in Angst/Oberhammer, EO³ § 253 Rz 3, Rz 8 und Rz 21; *Mini* in Deixler-Hübner, EO § 253 Rz 2 f.

1329 *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 84; *Mini* in Deixler-Hübner, EO § 262 Rz 11. Die Pfändung ist wirksam, aber vernichtbar (*Mohr* in Angst/Oberhammer, EO³ § 262 Rz 11).

Gewahrsamsinhabers ist wohlgemerkt sogar dann Voraussetzung, wenn er gar nicht befugt ist, die Gegenstände zurückzubehalten[1330]; mit anderen Worten: selbst bei unberechtigter Gläubigergewahrsame[1331]. Hat ein Gläubiger Gewahrsame an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert – mag sie auch unberechtigt sein! –, ist er in der Position eines innehabenden Drittschuldners und hat die Kraft, die Durchsetzung von Befriedigungsrechten anderer Gläubiger daran zumindest zu hemmen. Ob der exekutive Zugriff der Drittgläubiger endgültig scheitert und somit das bevorzugte Befriedigungsrecht des unberechtigt innehabenden Gläubigers (= Drittschuldners) Bestand hat, ist damit noch nicht entschieden. Als Zwischenbefund lässt sich vorerst bloß festhalten, dass Drittgläubiger auf den Vermögenswert nur dann unmittelbar exekutiv greifen können, wenn der innehabende Gläubiger (= Drittschuldner) zur Herausgabe bereit ist. Die Herausgabe beseitigt seine privilegierte Position (§ 262 EO); er konkurriert mit den Befriedigungsrechten aller anderen Gläubiger.

Konkret von Interesse sind nun jene Situationen, in denen sich der zu verwertende Vermögenswert nicht in (Mit-)Gewahrsame des verpflichteten Schuldners befindet und der innehabende Gläubiger (= Drittschuldner) **nicht herausgabebereit** ist. Das schließt noch keineswegs aus, dass Drittgläubiger exekutiv darauf greifen. Die Exekution auf den Vermögenswert muss bloß anders, nämlich grundsätzlich[1332] nach den Regeln der **Anspruchsexekution** (§ 338 EO) erfolgen. Wurde der Leistungs-/Herausgabeanspruch[1333] des verpflichteten Schuldners gegen den innehabenden Gläubiger (= Drittschuldner) gepfändet, kann der Verwalter (§ 329 EO) oder der betreibende Drittgläubiger, dem der Anspruch überwiesen wurde (§ 330 Abs 3 EO), vom innehabenden Gläubiger die Leistung/Herausgabe namens des verpflichteten Schuldners verlangen (§ 308 EO)[1334]. Wird dieser Anspruch geltend gemacht, ist zu

1330 *Rintelen*, GZ 1903, 75 (77); *Heller/Berger/Stix*, EO^4 II 1747; *Mohr* in Angst/Oberhammer, EO^3 § 262 Rz 6.

1331 Die materielle Herausgabeverpflichtung oder Duldungspflicht des innehabenden Gläubigers macht dessen Herausgabebereitschaft nicht einmal dann entbehrlich, wenn sie unzweifelhaft erscheint. Das ist damit zu begründen, dass staatlicher Zwang nur gegen die im Vollstreckungstitel genannten Personen ausgeübt werden darf (*Flockenhaus* in Musielak/Voit, ZPO^{19} § 809 Rz 5 mit weiteren Hinweisen).

1332 In Betracht kommt daneben auch eine Klage auf Zustimmung zur Pfändung gegen den Gewahrsamsinhaber. Siehe dazu *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 85 mit weiteren Hinweisen. OGH 7 Ob 606/89 in SZ 62/114 = JBl 1990, 120 mit kritischer Anmerkung *Burgstaller*; RIS-Justiz RS0003630.

1333 Zum Verständnis dieses gesetzlich vorgegebenen Begriffspaars (dinglicher) Herausgabeanspruch und (obligatorischer) Leistungsanspruch siehe nur *Frauenberger* in Deixler-Hübner, EO § 325 Rz 3 mit weiteren Hinweisen.

1334 Siehe schon S 278 FN 1129. Gleiches gilt im deutschen Rechtsbereich: Auch dort hängt die Pfändung von Sachen in der Gewahrsame eines Dritten von dessen Herausgabebereitschaft ab (§ 809 dZPO). Verweigert er die Herausgabe, bleibt dem betreibenden Gläubiger nichts anderes übrig, als den bei seinem Schuldner verbliebenen

klären, ob Einwendungen oder Zurückbehaltungsrechte des innehabenden Gläubigers zurecht bestehen oder nicht[1335]. Nach § 262 EO erfordert die Pfändung von Vermögenswerten in Fremdgewahrsame also nicht schlechthin, dass der innehabende Gläubiger (= Drittschuldner) zustimmt; vielmehr ist entscheidend, ob der innehabende Gläubiger nach materiellem Recht einen sachlich begründeten Widerspruch gegen seine Leistungs-/Herausgabepflicht erheben kann[1336]. Dass § 262 EO Herausgabebereitschaft des Gewahrsamsinhabers verlangt, soll ihn bloß davor schützen, den Vorteil der Beklagtenrolle zu verlieren; andernfalls – ließe man die Pfändung auch gegen seinen Willen zu – wäre er nämlich genötigt, die Sachen auszufolgen und sodann als Kläger im Exszindierungsstreit aufzutreten[1337].

2. Trifft den innehabenden Gläubiger eine bereits fällige Leistungs-/Herausgabepflicht (hier als schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame bezeichnet), kann er demnach den exekutiven Zugriff von Drittgläubigern letztlich nicht abwenden. Doch ist damit noch nicht definitiv entschieden, ob der innehabende Gläubiger tatsächlich mit deren Befriedigungsrechten konkurriert, oder ob er möglicherweise auf Grund seiner Gewahrsame am Vermögenswert – mag sie auch unberechtigt sein – ein vorrangiges Befriedigungsrecht für sich in Anspruch nehmen kann. Es könnte dem innehabenden Gläubiger im Verhältnis zu den anderen Gläubigern nämlich ein besserer **Rang** zukommen.

Kommt es zur **Anspruchsexekution**, sind **zwei Konstellationen** zu unterscheiden[1338]: (a) Die Sache, aus deren Verwertung Befriedigung erlangt werden soll, gehört (schon) zum Vermögen und damit zum Haftungsfonds des verpflichteten Schuldners, sie befindet sich aber (noch) in der Gewahrsame des einen innehabenden Gläubigers. (b) Die Sache zählt (noch) zum Vermögen des innehabenden Gläubigers; der exekutive Zugriff von Drittgläubigern setzt daher voraus, dass die Sache zunächst in das Vermögen des verpflichteten Schuldners übertragen wird. In Konstellation (a) – Sache zählt bereits zum **Vermögen des verpflichteten Schuldners** – entscheidet über den Pfandrang des betreibenden Drittgläubigers, wann das Leistungsverbot an den innehabenden Gläubiger zugestellt wird (§ 328 Abs 1 EO)[1339]. In Konstellation (b) – Sache gehört noch zum **Vermögen des innehabenden Gläubigers** – ist die Sache im Wege der Anspruchsexekution in das Vermögen des

Herausgabeanspruch zu pfänden und sich überweisen zu lassen (siehe nur *Paulus*, Zivilprozessrecht[6] Rz 884).

1335 *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 84 und 100.

1336 *Hoyer*, JBl 1984, 543 (545).

1337 *Rintelen*, GZ 1903, 75 (75).

1338 *Oberhammer* in Angst/Oberhammer, EO[3] § 325 Rz 2.

1339 Zur Rechtslage vor der Reform des Exekutionsrechts (§ 294 Abs 3 iVm § 325 Abs 1 EO aF) *Frauenberger* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 325 Rz 11; *Oberhammer* in Angst/Oberhammer, EO[3] § 325 Rz 15.

verpflichteten Schuldners zu übertragen. Der Pfandrang des betreibenden Drittgläubigers hängt dabei vom Zeitpunkt der Übergabe der Sache an den Verwalter (§ 338 Abs 1 EO) ab; hier gehen alle dinglichen Rechtspositionen an der Sache, die gegenüber dem innehabenden Gläubiger erworben wurden – sei es vertraglich, sei es exekutiv –, dem Recht des betreibenden Drittgläubigers vor, wenn er seine Rechte vor Übergabe der Sache an den Gerichtsvollzieher erworben hat[1340]. Die Gewahrsame am Vermögenswert scheint demnach prima vista für den Rang des Befriedigungsrechts eine Privilegierung mit sich zu bringen: Der innehabende Gläubiger kann ein **Pfändungspfandrecht im Rang seines Zurückbehaltungsrechts** begründen[1341]; sein Befriedigungsrecht geht dann den betreibenden Drittgläubigern vor, weil über deren Pfandrang – wie ausgeführt – entweder die Zustellung des Leistungsverbots (Konstellation a) oder die Übergabe an den Verwalter (Konstellation b) entscheidet. Für diese Sicherung des Pfandrangs braucht es jedoch wiederum ein echtes Zurückbehaltungsrecht; ein solches Recht steht dem innehabenden Gläubiger in den hier interessierenden Fällen der unberechtigten Gewahrsame jedoch gerade nicht zu. Im Ergebnis ist allein der Umstand der Gewahrsame daher nicht geeignet, ein bevorzugtes Befriedigungsrecht herbeizuführen.

4. Zwischenresümee und Erklärungsansatz

1. Nach dem bisher Gesagten drängt sich der Schluss auf, dass der unberechtigt innehabende Gläubiger abseits der Aufrechnung kaum Vorteile genießt. Bei jeder Art von **unberechtigter Gewahrsame an ungleichartigen Vermögenswerten**, also etwa schon bei fälliger Vorleistungspflicht, kann er den **exekutiven Zugriff anderer Gläubiger nicht erfolgreich abwehren**. Sein Befriedigungsrecht konkurriert mit den Befriedigungsrechten aller anderen Gläubiger; er hat keine privilegierte Stellung. Damit geriete die zuvor aufgestellte, aus der Analyse der Aufrechnungsmöglichkeiten[1342] hergeleitete

1340 Eingehend und überzeugend – zur Rechtslage vor der Reform des Exekutionsrechts – *Oberhammer* in Angst/Oberhammer, EO³ § 325 Rz 16. An dieser Beurteilung hat die neue Rechtslage meines Erachtens nichts geändert: Zwar ist die Pfändung bewirkt, sobald dem Drittschuldner (hier: dem zur Leistung verpflichteten innehabenden Gläubiger) das gerichtliche Verbot, an den Verpflichteten zu leisten, zugestellt wurde (§ 328 Abs 1 EO; dazu *Mohr/Reichel* in Mohr/Eriksson/Michlits/Pesendorfer/Reichel, GREx Rz 424). Ab diesem Zeitpunkt der wirksamen Pfändung sind Rechtshandlungen, die das gepfändete Vermögensrecht betreffen, dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam und ohne Einfluss auf die Befugnisse des Verwalters (§ 329 Abs 3 EO). Dies gilt aber nach dem Gesetzeswortlaut gerade nur für Rechtshandlungen des Verpflichteten, e contrario also nicht für Rechtshandlungen des Drittschuldners.

1341 *Heller/Berger/Stix*, EO⁴ II 1879; *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht 84 f. Ferner OGH 1 Ob 1116/28 in SZ 11/4 = ZBl 1929/153.

1342 Oben 3. Kapitel § 5 B.II.2; S 332 ff.

These ins Wanken, die lautet: Auch bei schlicht unberechtigter Gläubigergewahrsame greifen Dispositionsentziehung und Gläubigerprivilegierung ein, das bevorzugte Befriedigungsrecht bleibt daher in diesem Fall unberührt; nur bei qualifiziert unberechtigter Gläubigergewahrsame geht es verloren. Einem solchen Ansatz wäre der Boden entzogen, weil er bei Gläubigergewahrsame an ungleichartigen Vermögenswerten im positiven Recht nicht verwirklicht ist. Was bleibt, ist der Befund, dass zwischen der Behandlung von Aufrechnungslage und Zurückbehaltungslage eine Diskrepanz besteht, die systematisch vorerst nicht erklärbar scheint: Obwohl beide Rechtsinstitute gleichermaßen auf dem Gedanken der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung durch Gläubigergewahrsame beruhen, hat das bevorzugte Befriedigungsrecht bei (schlicht) unberechtigter Gläubigergewahrsame nur im Rahmen der Aufrechnung Bestand; wird hingegen ein ungleichartiger Vermögenswert (schlicht) unberechtigt zurückbehalten, dürfte dies kein bevorzugtes Befriedigungsrecht für den innehabenden Gläubiger begründen.

2. Ein solcher negativer Befund wäre jedoch unvollständig und die daraus gezogene Schlussfolgerung übereilt. Die bisherige Analyse hat nämlich zwei Aspekte noch nicht ausreichend gewürdigt. Erstens unterscheiden sich Aufrechnungslage und Zurückbehaltungslage trotz der identifizierten funktionalen und konstruktiven Gemeinsamkeiten (Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung durch Gläubigergewahrsame) doch in einem wesentlichen Punkt voneinander. Die Rede ist von der sogenannten „**Ökonomie der Rechtsdurchsetzung**“. Unter diesem Schlagwort hat das Schrifttum[1343] treffend herausgearbeitet, dass nur die Aufrechnungslage eine aus objektiver Sicht für beide Teile gleichermaßen nützliche Verfahrensvereinfachung bietet. Bei der Zurückbehaltung jedoch schlägt die Verfahrensvereinfachung zufolge **Ungleichartigkeit der Forderungen** nur auf Seiten des innehabenden Gläubigers zu Buche[1344]; für den Schuldner dagegen tritt regelmäßig eine Erschwerung ein, weil die Zurückbehaltung seine Verbindlichkeit nicht in direkter Weise tilgt, sondern sie zunächst offen lässt und lediglich dem innehabenden Gläubiger eine günstigere Position verschafft[1345]. Aufrechnungslage und Zurückbehaltung sind für die Rechtsposition von Gläubiger und Schuldner somit unterschiedlich vorteilhaft; damit hat man meines Erachtens überzeugend begründet, weshalb das Privatrecht der Aufrechnungslage – wenngleich dogmatisch mit der Zurückbehaltungslage eng verwandt – einen weiteren Anwendungsbereich zuerkennt[1346]: Das kommt insbesondere darin zum Ausdruck, dass die Aufrechnung für eine Befriedigung/Sicherung anders als die Zurückbehaltung auf Konnexität der Forderungen verzichtet. Abstrakt formuliert wirkt die Ungleichartigkeit der Forderungen in Zurück-

1343 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 138 f.
1344 Siehe schon oben S 337 bei und in FN 1307 mit weiteren Hinweisen.
1345 Dies streicht im Kern gleichermaßen *Iro*, ZAS 1983, 223 (225), heraus.
1346 Wiederum *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 139.

behaltungslagen damit für den Schuldner nachteilig – und zwar auf Ebene der Ökonomie der Rechtsdurchsetzung; diesen Nachteil gleicht die Rechtsordnung aus, indem sie die Wirkungen der Zurückbehaltungslage, nämlich ein bevorzugtes Befriedigungsrecht gegen den Schuldner, grundsätzlich auf Fälle konnexer Forderungen beschränkt.

Meines Erachtens kann man mit eben diesem Mechanismus erklären, weshalb die (schlicht) unberechtigte Gläubigergewahrsame an gleichartigen (Aufrechnungslage) und an ungleichartigen Vermögenswerten (Zurückbehaltungslage) unterschiedliche Folgen auslösen: Wenngleich beide Rechtsinstitute gleichermaßen das Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung durch Gläubigergewahrsame verwirklichen, ist die Ökonomie der Rechtsdurchsetzung – bedingt durch die nur in Zurückbehaltungslagen anzutreffende Ungleichartigkeit der Forderungen – verschieden stark ausgeprägt. Das legitimiert differenzierende Rechtsfolgen. Verschärft das Gesetz deswegen die Voraussetzungen für die Anerkennung der Zurückbehaltungslage (Zusatzerfordernis der Konnexität), dann lässt sich auf diesem Wege ebenso begründen, dass Zurückbehaltungslagen – wie zuvor[1347] aufgedeckt – strenger behandelt werden, nämlich dadurch, dass schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame (Verzug des innehabenden Gläubigers) dem bevorzugten Befriedigungsrecht schadet, im Fall einer Aufrechnungslage jedoch irrelevant bleibt.

3. Neben dieser Erklärung für die Verschiedenbehandlung scheint noch ein zweiter Aspekt wesentlich, wenn man zu einem in sich stimmigen, die dogmatische Verwandtschaft von Aufrechnung und Zurückbehaltung berücksichtigenden Verständnis gelangen will: Das positive Recht gibt die **Restriktionen der Zurückbehaltungslage** im Vergleich zur Aufrechnungslage unter bestimmten Umständen wieder auf, es gleicht die Rechtsfolgen also wieder einander an. Auf den ersten Blick scheint dies der Fall zu sein, wenn die Durchsetzbarkeit der Gläubigerforderung besonders gefährdet ist, prägnant gesagt also in **Krisen- oder Notsituationen**. Diese Fälle sind im Folgenden näher auszuleuchten.

III. Erweiterter Schutz bei konkreter Gefährdung – Notsicherungsbehelfe

1. Vorüberlegungen

1. Indem das Privatrecht Aufrechnungslage und Zurückbehaltungslage anerkennt, verwirklicht es – wie dargelegt[1348] – ein Bauprinzip, wonach Dispositionsentziehung durch Gläubigergewahrsame es erlaubt, den innehabenden

1347 Oben Pkt a; S 337 ff.
1348 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.3; S 276 ff.

Gläubiger bevorzugt zu befriedigen; beide Rechtsinstitute lassen sich auf dieses Prinzip als verbindenden dogmatischen Urvater zurückführen. Für die Behandlung des vorleistungspflichtigen Gläubigers ist entscheidend, ob die Gläubigergewahrsame auch dann eine Privilegierung erlaubt, wenn sie unberechtigt ist. Die bisherige Analyse zeigt, dass zwischen schlicht unberechtigter und qualifiziert unberechtigter Gläubigergewahrsame zu unterschieden ist. Bei **schlicht unberechtigter Gewahrsame** bleibt dem innehabenden Gläubiger offensichtlich nur – aber immerhin! – in **Aufrechnungslagen** ein bevorzugtes Befriedigungsrecht am Vermögenswert erhalten; in **Zurückbehaltungslagen** verliert der Gläubiger hingegen schon bei schlicht unberechtigter Gläubigergewahrsame das bevorzugte Befriedigungsrecht. Die Verschiedenbehandlung ist gerechtfertigt, weil die Ökonomie der Rechtsdurchsetzung bei Befriedigung aus gleichartigen und aus ungleichartigen Vermögenswerten unterschiedlich stark ausgeprägt ist. Die hier vorgestellte These von der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung bleibt daher intakt, auch wenn man Zurückbehaltungslagen in die Betrachtung einbezieht; jedoch ist hier der Vorbehalt zu machen, dass Gläubigergewahrsame ohne Zurückbehaltungs*recht* (schlicht unberechtigte Gewahrsame) keine Dispositionsentziehung bewirkt; daher ist Gläubigerprivilegierung nicht gerechtfertigt.

2. Schärft man den Blick noch weiter, kommt – wie schon angeklungen – hervor, dass das Privatrecht die Schlechterstellung von Zurückbehaltungslagen gegenüber Aufrechnungslagen in **wirtschaftlichen Krisen- oder Notsituationen**, insbesondere in der Insolvenz, vielfach wieder fallen lässt. Ist die Durchsetzbarkeit des Gläubigeranspruchs konkret gefährdet, hält die Rechtsordnung nämlich mehrere Instrumente bereit, die den Schutz des innehabenden Gläubigers verbessern. Typischerweise denkt man bei Gefährdungssituationen zunächst an die Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes, hier konkret an das Zweitverbot (§ 379 Abs 3 Z 3 EO) als Sonderform einer einstweiligen Verfügung. Doch auch außerhalb des Exekutionsrechts stehen dem Gläubiger besondere Rechtsbehelfe zur Verfügung, wenn Undurchsetzbarkeit seines Anspruchs droht oder bereits eingetreten ist: Solche situationsabhängigen Privilegierungen kommen im Notzurückbehaltungsrecht (§ 370 UGB), in der erweiterten Aufrechnungsmöglichkeit in der Insolvenz (§ 19 IO) sowie schließlich im Verfolgungsrecht (§ 45 IO) zum Ausdruck. Da sie allesamt an eine konkrete Krisensituation beim Schuldner anknüpfen, kann man die genannten Instrumente in der Kategorie der **Notsicherungsbehelfe des innehabenden Gläubigers** zusammenfassen. Sie scheinen ein allgemeines Bauprinzip umzusetzen, wonach sich die **Rechtsposition des innehabenden Gläubigers in der Krise verbessert** beziehungsweise abgesichert wird. Der damit zunächst nur grob skizzierte, allgemeine Gedanke ist im Kern schon

früher im Schrifttum angeklungen[1349]. Ihm sollen hier schärfere Konturen verliehen werden; dazu exploriert die Untersuchung im Folgenden die angesprochenen Notsicherungsbehelfe und bewertet sie im Lichte des Prinzips der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung.

2. Zweitverbot durch einstweilige Verfügung

1. In ihrem Abschnitt über einstweilige Verfügungen (§§ 378 ff EO) sieht die Exekutionsordnung die Sicherung von Geldforderungen vor, wenn droht, dass der Schuldner ihre Hereinbringung vereitelt oder erheblich erschwert (§ 379 Abs 2 Z 1 EO)[1350]. Unter anderem kann ein gerichtliches Drittverbot angeordnet werden: Hat der Gegner der gefährdeten Partei (hier: der Schuldner) an einen Dritten eine Geldforderung oder einen Anspruch auf Leistung oder Herausgabe von anderen Sachen zu stellen, kann ihm jede Verfügung über den Anspruch, insbesondere dessen Einziehung, untersagt und an den Dritten der Befehl gerichtet werden, bis auf weitere gerichtliche Anordnung das dem Gegner (hier: dem Schuldner) Geschuldete nicht zu zahlen und die diesem gebührenden Sachen nicht auszufolgen (§ 379 Abs 3 Z 3 EO). Das soll einen **Haftungsfonds erhalten**, aus dem die Forderung der gefährdeten Partei (hier: des Gläubigers) künftig noch befriedigt werden kann[1351]. Nach einhelliger Auffassung[1352] kann das Gericht ein solches Drittverbot auch in Form eines Zweit- oder Selbstverbots erlassen: Damit ist die gefährdete Partei, das heißt der innehabende Gläubiger, gerichtlich **ermächtigt**, eine **in seiner Gewahrsame befindliche Sache zurückzubehalten**, obwohl er dazu an sich nicht berechtigt wäre. Auch kann der innehabende Gläubiger das Zweitverbot einem Dritten entgegenhalten, der den fälligen Leistungs-/Herausgabeanspruch vom Schuldner erworben hat (etwa durch Abtretung)[1353]. Und

1349 So unterstellt wohl bereits *Ehrenzweig*, Zahlungsunfähigkeit 3, implizit ein solches Prinzip, wenn er dafür plädiert, „alle Bestimmungen, die im Concurse dem einzelnen Gläubiger einen besonderen Schutz gewähren, fordern analoge Anwendung auf alle Fälle der [Zahlungsunfähigkeit]". Zu *Ehrenzweigs* Forderung, den gegenüber der Aufrechnungslage engeren Anwendungsbereich des Zurückbehaltungsrechts in Notsituationen aufzugeben, schon oben S 341 FN 1324.

1350 Hier soll zwar allein der Hinweis auf eine bereits ungünstige Vermögenslage oder eine schlechte wirtschaftliche Situation nicht ausreichen, weil subjektive Gefährdung durch den Gegner vorliegen muss (*Heller/Berger/Stix*, EO[4] 2708 f; *Konecny*, Einstweilige Verfügung 247 f je mit weiteren Hinweisen). Hat sich allerdings der Vermögensverfall zur drohenden Insolvenz verdichtet, wird vertreten, dass vom Schuldnerverhalten eine entsprechende Gefahr ausgeht (*König/Weber*, Einstweilige Verfügungen[6] Rz 3.7).

1351 Siehe etwa nur *Konecny*, Einstweilige Verfügung 315 und 348.

1352 *Von Ohmeyer* in Stubenrauch, Commentar[8] I 680; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen[6] Rz 3.27; *Kodek* in Angst/Oberhammer, EO[3] § 379 Rz 30; *Sailer* in Deixler-Hübner, EO § 379 Rz 23 je mit weiteren Hinweisen.

1353 Dies könnte fraglich erscheinen, weil nach einhelliger Auffassung einstweilige Verfü-

letztlich kann der innehabende Gläubiger (= die gefährdete Partei) auf den in der Gegenforderung verkörperten Vermögenswert greifen, indem er den gegen sich selbst gerichteten Anspruch pfänden lässt[1354]. Treffend hat man in diesem Zusammenhang betont, das Zweitverbot sichere der gefährdeten Partei (= dem innehabenden Gläubiger) gerade dann die Befriedigung aus der Gegenforderung, wenn keine Aufrechnung möglich ist[1355]. Dennoch stellt das Zweitverbot nicht vollständig jene Situation für den innehabenden Gläubiger her, die die Dispositionsentziehung normalerweise bewirkt, wie sie also etwa in einer Aufrechnungslage bestünde: Die einstweilige Verfügung schließt nämlich – anders als eine Aufrechnungslage[1356] – **exekutive Zugriffe anderer Gläubiger** auf den in Gläubigergewahrsame befindlichen Vermögenswert nicht aus[1357]; ebenso wenig ist mit der einstweiligen Verfügung eine Rangsicherung für die gefährdete Partei, hier also für den innehabenden Gläubiger verbunden[1358]. Somit bietet die einstweilige Verfügung für den **Insolvenzfall keine Sicherung** der gefährdeten Partei[1359]; insbesondere werden

gungen (grundsätzlich) in die Rechtssphäre Dritter nicht eingreifen dürfen (*Konecny*, Einstweilige Verfügung 312 ff und konkret zum Drittverbot 349 f; *Zechner*, Einstweilige Verfügung Vor § 378 Rz 5; *Kodek* in Angst/Oberhammer, EO³ § 378 Rz 25 ff; *Sailer* in Deixler-Hübner, EO § 378 Rz 21; RIS-Justiz RS0005236). Allerdings ist dieser Rechtssatz dahingehend relativiert, dass unmittelbare Zugriffe immerhin gegenüber solchen Dritten zulässig sind, die ihre Rechte vom Gegner der gefährdeten Partei (= vom Schuldner) ableiten (*Kodek* in Angst/Oberhammer, EO³ § 378 Rz 25 mit weiteren Hinweisen). Somit wird der an den Dritten gerichtete Befehl, „das dem Gegner der gefährdeten Partei Geschuldete nicht zu zahlen und die diesem gebührenden Sachen weder auszufolgen noch sonst in Ansehung ihrer etwas zu unternehmen, was die Exekutionsführung […] vereiteln oder erheblich erschweren könnte" (§ 379 Abs 3 Z 3 EO), dahingehend zu verstehen sein, dass eine Leistung des Dritten (beim Zweitverbot: der gefährdeten Partei = des innehabenden Gläubigers) auch gegenüber einem allfälligen Zessionar des Schuldners zu unterbleiben hat (*Konecny*, Einstweilige Verfügung 353: Dem Gegner wird die Verfügungsbefugnis über den Anspruch entzogen).

1354 Zu dieser Pfändung durch Zweitverbot und ihrer Zulässigkeit nach § 319 Abs 1 Z 2 EO *Zechner*, Einstweilige Verfügung § 379 Rz 7 (S 128); *Kodek* in Angst/Oberhammer, EO³ § 379 Rz 30; *Höllwerth* in Deixler-Hübner, EO § 319 Rz 5 mit weiteren Hinweisen.

1355 *Kodek* in Angst/Oberhammer, EO³ § 379 Rz 30; RIS-Justiz RS0005532.

1356 Siehe oben S 278 FN 1128.

1357 Eine Exekutionsführung anderer Gläubiger auf den vom Dritt- oder Zweitverbot erfassten Anspruch wird dadurch nämlich nicht verhindert (*Heller/Berger/Stix*, EO⁴ III 2716; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 3.32 je mit weiteren Hinweisen). Die Bewilligung der Forderungsexekution zu Gunsten eines dritten Gläubigers ist als gerichtliche Anordnung iSd § 379 Abs 3 Z 3 EO anzusehen, die das dem Drittschuldner erteilte Verbot aufhebt, an den Gegner zu leisten (*Kodek* in Angst/Oberhammer, EO³ § 379 Rz 35a; OGH 3 Ob 255/03a in RdW 2004, 284/271).

1358 *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 3.29 mit weiteren Hinweisen; *Kodek* in Angst/Oberhammer, EO³ § 379 Rz 32.

1359 *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 9.1 mit weiteren Hinweisen.

einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Geldforderungen, die gegen die Masse geltend zu machen sind, unwirksam[1360].

2. Näher besehen zeigt sich damit, dass das Zweitverbot zwar die Möglichkeit eröffnet, einen Vermögenswert trotz fälliger Leistungs-/Herausgabepflicht in Gläubigergewahrsame zurückzubehalten. Damit wandelt sich die unberechtigte in eine von der Rechtsordnung legitimierte Gläubigergewahrsame, allerdings verhindert dies nicht, dass andere Gläubiger **konkurrierende Befriedigungsrechte** durchsetzen; es liegt also keine effektive Dispositionsentziehung vor. Der Notsicherungsbehelf des Zweitverbots ändert demnach nichts am eingangs erstellten Befund: Faktische, aber unberechtigte Gläubigergewahrsame in einer Zurückbehaltungslage bewirkt keine Gläubigerprivilegierung.

3. Notzurückbehaltungsrecht

1. In Krisensituationen verbessert sich der Schutz des innehabenden Gläubigers auch dadurch, dass er das außerordentliche Zurückbehaltungsrecht oder Notzurückbehaltungsrecht nach Unternehmensrecht geltend machen kann. Grundsätzlich steht das unternehmerische Zurückbehaltungsrecht nur zur Sicherung fälliger Forderungen zu (§ 369 Abs 1 UGB). Ist der vorleistungspflichtige Gläubiger im Verzug, verfügt er also über kein solches Retentionsrecht[1361]; Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung durch Gläubigergewahrsame ist damit bei schlicht unberechtigter Gläubigergewahrsame wiederum nicht verwirklicht. Wird der Schuldner jedoch **insolvent**[1362], stellt er seine Zahlungen ein oder ist eine Zwangsvollstreckung erfolglos geblieben, kann der innehabende Gläubiger ein **Zurückbehaltungsrecht auch wegen nicht fälliger Forderungen** geltend machen (§ 370 UGB)[1363]. Ausgeschlossen ist dieses Notzurückbehaltungsrecht nur, wenn

1360 *Heller/Berger/Stix*, EO[4] I 136; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 111; OGH 2 Ob 214/60 in SZ 33/62; 4 Ob 11/10m in ZIK 2011, 22/35 = RdW 2011, 726/735; RIS-Justiz RS0004928. Die einstweilige Verfügung ist daher auf Antrag oder von Amts wegen mit deklaratorischem Beschluss aufzuheben (*Schubert* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 7 KO Rz 12; *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht II/2[4] § 73 KO Rz 30; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen[6] Rz 9.2 je mit weiteren Hinweisen).

1361 *Pollak* in Staub/Pisko, AHGB[3] Art 313 Rz 5 [S 253]; *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 252 f; zustimmend *Kerschner* in Artmann, UGB[3] § 369 Rz 5.

1362 Zwar gelten betagte Forderungen mit Insolvenzeröffnung als fällig (§ 14 Abs 2 IO), doch gilt dies bloß hinsichtlich der Insolvenzwirkungen (dazu näher schon oben S 159 samt Nachweisen). Daher ist die Erweiterung des Zurückbehaltungsrechts durch § 370 UGB auch und gerade für den Insolvenzfall relevant (*Kerschner* in Artmann, UGB[3] § 370 Rz 3).

1363 Pointiert erklärt dazu *Ehrenzweig*, Zahlungsunfähigkeit 10, den Verzicht auf die Fälligkeit in Krisensituationen damit, dass man die Feuerwehr nicht für einen bestimm-

der Gläubiger die Sache oder eine Verpflichtung, in besonderer Weise mit ihr zu verfahren, im Wissen um die Notlage des Schuldners übernommen hat (§ 370 Abs 2 UGB). Nur positives Wissen, nicht aber vorwerfbare Unkenntnis des innehabenden Gläubigers von den schlechten Vermögensverhältnissen des Schuldners schadet demnach[1364].

Es liegt auf der Hand, dass das Notzurückbehaltungsrecht nach § 370 UGB für den hier interessierenden Fall der (schlicht) unberechtigten Gläubigergewahrsame bedeutsam ist: Es **erlaubt** auch dem **vorleistungspflichtigen Gläubiger**, der sich in Verzug befindet und so das Fälligwerden der Nachleistungspflicht des Schuldners (= der zu sichernden Forderung) hemmt, vom Schuldner zu beanspruchende Sachen in seiner Gewahrsame **zurückzubehalten**[1365]. Das folgt aus einem (mehrgliedrigen) Größenschluss: Nach herrschender Auffassung[1366] verdrängt das unternehmerische Zurückbehaltungsrecht (§ 369 UGB) in seinem Anwendungsbereich die allgemeinen Ausschlusstatbestände nach § 1440 Satz 2 ABGB[1367]; die Zurückbehaltung ist nur nach dem speziellen Tatbestand von § 369 Abs 3 UGB ausgeschlossen (besondere Sachwidmung). Das Notzurückbehaltungsrecht wiederum beseitigt auch diesen Ausschlusstatbestand nach § 369 Abs 3 UGB, wenn die Notlage des Schuldners nicht schon bei Übergabe der Sache oder im Zeitpunkt der Sachwidmung bekannt war (§ 370 Abs 2 UGB). Das erklärt man damit, in der Krise werde das Sicherungsbedürfnis in einer Weise schutzwürdig, dass es selbst dann durchsetzbar bleiben muss, wenn die Schuldnerinteressen infolge besonderer Sachwidmung schwerer wiegen als sonst[1368]. Im Anwendungsbe-

ten Tag bestelle, sondern sie müsse dann erscheinen, wenn es brennt, je früher desto besser.

1364 *Schuhmacher* in Straube/Ratka/Rauter, UGB^4 § 370 Rz 2; *Kerschner* in Artmann, UGB^3 § 370 Rz 8 f; OGH 3 Ob 773/25 in SZ 7/332; RIS-Justiz RS0065687. Dafür spricht vor allem der Gesetzeswortlaut und die konstruktive Verwandtschaft zur Aufrechnungslage (oben S 337 bei und in FN 1306).

1365 Gegenteiliges wird nur für das allgemeine Zurückbehaltungsrecht (§ 369 UGB) vertreten (*Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 252; *Kerschner* in Artmann, UGB^3 § 369 Rz 5 und 23). Die dafür ins Treffen geführte Begründung, dass aus rechtswidrigem Verhalten niemals ein Vorteil entstehen dürfe, ist aber gerade in Notlagen zu relativieren und schlägt meines Erachtens daher nicht durch (eingehend unten 3. Kapitel § 5 C.II; S 386 ff).

1366 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 243 f; *Kerschner* in Artmann, UGB^3 § 369 Rz 41; *Schuhmacher* in Straube/Ratka/Rauter, UGB^4 § 369 Rz 18; *Dullinger* in Rummel, ABGB^3 § 1440 Rz 7. Anders *Pollak* in Staub/Pisko, AHGB^3 Art 313 Rz 20 (S 260). Näher zu diesem Tatbestand unten 3. Kapitel § 5 B.V.4; S 382 ff.

1367 In dieser Allgemeinheit ist der Standpunkt missverständlich, weil § 369 UGB die Ausschlusstatbestände für eigenmächtig oder listig entzogene Sachen (§ 1440 Satz 2 Fall 1 ABGB) ohnehin gleichsam wiederholt (unten S 376 FN 1455) und § 370 UGB sie ebenfalls nicht beseitigt (dazu auch unten S 378 FN 1465).

1368 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 246; ebenso *Kerschner* in Artmann, UGB^3 § 370 Rz 8; *Schuhmacher* in Straube/Ratka/Rauter, UGB^4 § 370 Rz 2.

reich von § 370 UGB, also in Notsituationen, greifen demnach weder die Ausschlüsse nach § 1440 Satz 2 ABGB noch jene nach § 369 Abs 3 UGB. Dem innehabenden Gläubiger ist daher jedenfalls – auch bei fahrlässiger Unkenntnis der schlechten Vermögensverhältnisse[1369]! – erlaubt, die Sache in seiner Gewahrsame zurückzubehalten. Es lässt sich somit folgende Argumentationskette formulieren: Wenn der Ausschlusstatbestand nach § 369 Abs 3 UGB den Ausschlusstatbestand des § 1440 Satz 2 ABGB verdrängt und die Krise wiederum auch den Ausschlusstatbestand des § 369 Abs 3 UGB neutralisiert, dann dürfen in der Krise ebenso wenig die Zurückbehaltungsverbote nach § 1440 Satz 2 ABGB eingreifen. Ist die Zurückbehaltung in der Krise demnach nicht einmal wegen qualifiziert unberechtigter Gläubigergewahrsame (§ 1440 Satz 2 ABGB) ausgeschlossen, darf sie umso weniger wegen schlicht unberechtigter Gläubigergewahrsame (infolge fälliger Leistungs-/Herausgabepflicht des innehabenden Gläubigers) ausgeschlossen sein.

Abstrahierend ausgedrückt: **Trotz schlicht unberechtigter Gläubigergewahrsame** erlaubt es § 370 UGB, den innehabenden Gläubiger zu **privilegieren**. Da es sich dabei um ein „echtes" Zurückbehaltungsrecht handelt, bewirkt es **Dispositionsentziehung**[1370] – allerdings eben erst mit Eintritt der gesetzlich festgelegten Voraussetzungen, das heißt sobald die Durchsetzung der Gläubigerforderung konkret gefährdet ist. Konsequenterweise stehen dem Gläubiger alle damit verbundenen Vorteile des bevorzugten Befriedigungsrechts infolge Dispositionsentziehung[1371] zu; insbesondere ist er gegen exekutive Zugriffe anderer Gläubiger geschützt[1372] und wird in der Insolvenz abgesondert befriedigt (§ 10 Abs 2 IO).

2. Fraglich könnte sein, ob man dem im Unternehmensrecht angesiedelten Notsicherungsbehelf (§ 370 UGB) eine verallgemeinerungsfähige Wertung entnehmen kann; andernfalls wäre es unzulässig, daraus zu schließen, dass schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame in Notsituationen generell, also auch außerhalb des Unternehmensrechts unbeachtlich ist. Für **Verallgemeinerungsfähigkeit** sprechen meines Erachtens mehrere Argumente: (1) Zum einen hat man überzeugend betont, die Sonderregelung des unternehmerischen Zurückbehaltungsrechts (§ 369 UGB) rühre nicht daher, dass die Einbringlichkeit von Forderungen im unternehmerischen Rechtsverkehr typischerweise erhöht gefährdet sei[1373]. Da sich der unternehmerische Geschäftsverkehr somit durch kein besonderes Einbringlichkeitsrisiko auszeichnet, wird man einer Vorschrift, die in diesem Anwendungsbereich an Uneinbringlichkeit anknüpft (§ 370 UGB), einen Schutzzweck attestieren

1369 Oben S 351 FN 1364.

1370 Zur Dispositionsentziehung durch das Instrument des Zurückbehaltungsrechts eingehend oben 3. Kapitel § 4 C.III.3.a und c; S 276 ff.

1371 Dazu eingehend oben 3. Kapitel § 4 C.III.3; S 276 ff.

1372 Dazu eingehend oben S 278 f.

1373 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 136 mit weiteren Hinweisen.

dürfen, der über den unternehmerischen Geschäftsverkehr hinausreicht. (2) Diese Annahme bestärkt ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der erweiterten **Aufrechnungsmöglichkeit** in der Insolvenz: Das Insolvenzrecht erlaubt es, auch mit nicht fälligen Forderungen aufzurechnen (§ 19 Abs 2 Satz 1 IO), und zwar wohlgemerkt auch außerhalb des unternehmerischen Rechtsverkehrs. Diese Möglichkeit hat man damit begründet, dass eben jene Erwägungen, die für das Notretentionsrecht nach § 370 UGB ausschlaggebend waren, ganz allgemein gelten; der Gesetzgeber wollte deshalb die mit § 370 UGB verbundene Erweiterung der Befriedigungsmöglichkeiten „generalisieren", indem er eine entsprechende Regelung in das Insolvenzrecht aufnahm[1374]. (3) Schließlich lässt sich ein rechtsvergleichender Blick auf die Schweiz ins Treffen führen: Art 897 ZGB[1375] schreibt denselben Notsicherungsbehelf wie § 370 UGB im allgemeinen Zivilrecht fest; hierin liegt ebenfalls ein Indiz dafür, dass die dieser Bestimmung zugrunde liegenden Wertungen nicht auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr beschränkt sind.

Der somit skizzierte Gedanke eines **generellen Notzurückbehaltungsrechts** mag in dieser Allgemeinheit womöglich weitreichend und radikal erscheinen. Auch muss man zugeben, dass der dabei herangezogene § 370 UGB vielleicht nur eine schwache Analogiebasis abgibt; denn der deutsche Gesetzgeber hat in der identischen Parallelbestimmung (§ 370 dHGB) eine systemwidrige Bevorzugung bestimmter Gläubiger gesehen[1376] und sie daher im Zuge der letzten umfassenden Insolvenzrechtsreform[1377] ersatzlos aufgehoben. Für den österreichischen Rechtsbereich sollte man sich den vorstehenden Überlegungen meines Erachtens dennoch nicht verschließen. Zunächst kann man das (formale) Argument einwerfen, dass der heimische Gesetzgeber die einschlägige österreichische Regelung erst im Rahmen des Handelsrechts-Änderungsgesetzes einer Revision unterzogen hat und – trotz der zu diesem Zeitpunkt in Deutschland bereits vollzogenen Abschaffung – dennoch keinen Anlass sah, sie aufzuheben. Ferner verliert das hier in Betracht gezogene allgemeine Notzurückbehaltungsrecht einiges von seinem möglicherweise revolutionären Charakter, wenn man sich vor Augen hält, dass dieser Standpunkt keineswegs neu ist: Die ältere Lehre hat nämlich de lege lata (!) mehrfach dafür plädiert, ein solches allgemeines Notsicherungsrecht

1374 *Schrutka-Rechtenstamm*, Compensation 99.

1375 Die Bestimmung lautet: (1) Bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hat der Gläubiger das Retentionsrecht auch dann, wenn seine Forderung nicht fällig ist. (2) Ist die Zahlungsunfähigkeit erst nach der Übergabe der Sache eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden, so kann dieser die Retention auch dann ausüben, wenn ihr eine von ihm vorher übernommene Verpflichtung oder eine besondere Vorschrift des Schuldners entgegensteht.

1376 Amtliche Begründung zum RegE, BT-Drucks 511/92 S 83.

1377 Art 40 Nr 18 EGInsO.

anzuerkennen[1378]. Auf die geltende Schweizer Rechtslage (Art 897 ZGB) wurde schon hingewiesen.

3. Für die Zwecke dieser Untersuchung bedarf all dies keiner abschließenden Würdigung. Es kann dahinstehen, ob aus § 370 UGB tatsächlich ein generelles Notzurückbehaltungsrecht im Wege der Analogie abzuleiten ist. Ausreichend und wesentlich ist die Erkenntnis, dass das positive Recht in § 370 UGB eine Situation anerkennt, in der der innehabende **Gläubiger privilegiert** ist, wenngleich seine **Gewahrsame** am Vermögenswert **unberechtigt** ist und somit keine Dispositionsentziehung vorliegt. Ausschlaggebend ist dabei, dass der Gläubigeranspruch **konkret gefährdet** ist, nicht aber der Umstand, dass es sich um eine Forderung aus dem unternehmerischen Geschäftsverkehr handelt. Der bisherige Befund ergibt damit, dass die Möglichkeit der Gläubigerprivilegierung in Notlagen erweitert ist. Dieses Ergebnis lässt sich durch eine weitere Analyse noch bekräftigen.

4. Erweiterte Aufrechnungsmöglichkeiten in der Insolvenz

1. Dass sich der Schutz des Gläubigers mit Gewahrsame an ungleichartigen Vermögenswerten in Notsituationen verstärkt, kommt auch abseits der Zurückbehaltungsrechte zum Ausdruck. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass die Aufrechnungsmöglichkeiten in der Insolvenz erweitert sind. So ist die Aufrechnung in der Insolvenz selbst dann zulässig, wenn sich die Forderung des Gläubigers nicht auf eine Geldleistung richtet (§ 19 Abs 2 Satz 1 IO). Das Insolvenzrecht **verzichtet** also auf **Gleichartigkeit als Aufrechnungserfordernis** (§ 1440 ABGB); das gilt nach dem Gesetzeswortlaut zwar nur einseitig für die Gegenforderung des Gläubigers, die (heute) überwiegende Auffassung[1379] sieht darin jedoch eine sachlich nicht gerechtfertigte

1378 So etwa *Schenk*, Retentionsrecht 43, der sich für ein ganz allgemeines Recht ausspricht, „die Sache des Schuldners, wenn Gefahr der Befriedigung vorhanden ist, in den Besitz desselben nicht zurückgelangen zu lassen“. Für ein allgemeines Retentionsrecht auf „Zurückbehaltung einer körperlichen Sache zu dem Zwecke […], um für bestimmte Gegenansprüche Befriedung zu erhalten“ auch *Schrutka-Rechtenstamm*, Compensation 20 f (insbesondere 21 FN 7 mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte des § 471 ABGB). In diesem Sinn ferner *Ehrenzweig*, Zahlungsunfähigkeit 3 (dazu schon oben S 348 FN 1349).

1379 *Schubert* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze §§ 19, 20 KO Rz 67; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger; Insolvenzrecht I^4 § 20 KO Rz 38. Ohne die Ungleichbehandlung zu problematisieren etwa *Schrutka-Rechtenstamm*, Compensation 89 ff; *Wegan*, Insolvenzrecht 37; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 484; explizit anderer Ansicht *Dullinger*, Aufrechnung 324. Dass es sich bei dieser einseitigen, nur auf die Gläubigerforderung Bezug nehmenden gesetzlichen Regelung um eine systemwidrige Ungleichbehandlung handelt, wurde etwa auch in der amtlichen Begründung zum RegE einer Insolvenzordnung herausgestrichen (BT-Drucks 12/2443 S 140; zustimmend etwa *Wilmowsky*, NZG 1998, 481 [488 f]). Zur Auflösung dieses Widerspruchs entschied sich der deutsche Gesetzgeber dazu, diese Erweiterung der

Differenzierung, sodass man auf Gleichartigkeit auch umgekehrt wird verzichten können, wenn die Forderung des Schuldners nicht auf Geld gerichtet ist. Schließt man sich diesem – meines Erachtens überzeugenden – Standpunkt an, genießt auch jener Gläubiger die Vorzüge einer Aufrechnungslage, der ungleichartige, vom Schuldner zu beanspruchende Vermögenswerte in seiner Gewahrsame hat und der sich daher normalerweise in einer Zurückbehaltungslage befände. Wie jedem Aufrechnungsberechtigten[1380] kommt einem solchen Gläubiger somit ein bevorzugtes Befriedigungsrecht am Vermögenswert zu – und zwar selbst dann, wenn schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame vorliegt. Mit anderen Worten: Es steht der Gläubigerprivilegierung nicht im Wege, dass den Gläubiger eine bereits fällige Leistungs-/Herausgabepflicht trifft.

2. Damit verschmelzen Aufrechnungslage und Zurückbehaltungslage in der Krise de facto beinahe[1381] gänzlich miteinander. Das ist meines Erachtens durchaus als eine in sich konsistente Rechtslage zu bewerten. Zum einen dürfte ein solcher Gleichlauf exakt der Intention des historischen Gesetzgebers entsprechen: Indem er die Aufrechnungsmöglichkeiten in der Insolvenz erweiterte, verfolgte er nämlich gerade das Ziel, jene Erwägungen zu „generalisieren“, die im Notzurückbehaltungsrecht ursprünglich nur für den unternehmerischen/kaufmännischen Geschäftsverkehr verwirklicht waren[1382]. Zum anderen fügt sich dieses Ergebnis nahtlos in das bisher entworfene Bild vom Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung ein, das in Notlagen des Schuldners noch erweitert ist: Wie gezeigt ist grundsätzlich nur bei Gläubigergewahrsame an gleichartigen Vermögenswerten (Aufrechnungslage), nicht aber bei Gläubigergewahrsame an ungleichartigen Vermögenswerten (Zurückbehaltungslage) vorgesehen, dass dem Gläubiger das bevorzugte Befriedigungsrecht am Vermögenswert in seiner Gewahrsame erhalten bleibt, obgleich seine Gewahrsame schlicht unberechtigt ist. Die strengere Behandlung der Zurückbehaltungslage ist mit der unterschiedlich ausgeprägten Ökonomie der Rechtsdurchsetzung bei Gewahrsame an ungleichartigen Vermögenswerten zu erklären[1383]: Hier bietet ein bevorzugtes Befriedigungsrecht – anders als bei Gleichartigkeit – nämlich nur für den Gläubiger Vorteile, für den Schuldner hingegen bloß Nachteile. In **Notlagen** jedoch, wenn also die Durchsetzung der Forderung für den Gläubiger kon-

Aufrechnungsmöglichkeit (§ 54 Abs 1 dKO) völlig zu beseitigen (siehe nunmehr §§ 94 ff InsO). Eine solche Lösung ist meines Erachtens angesichts des hier herausgearbeiteten Prinzips der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung für das österreichische Recht allerdings weder de lege ferenda noch de lege lata (im Wege einer teleologischen Reduktion) ein gangbarer Weg.

1380 So zur Aufrechnungslage eingehend oben 3. Kapitel § 5 B.II.2; S 332 ff.

1381 Zu den Abweichungen in den Tatbestandsvoraussetzungen unten S 360 f.

1382 Nachweise oben S 353 bei und in FN 1374.

1383 Oben S 345 bei und in FN 1343.

kret gefährdet erscheint, kommt den Nachteilen des Schuldners gegenüber der nunmehr gesteigerten Schutzwürdigkeit[1384] des innehabenden Gläubigers kein Gewicht mehr zu. Wie das Notzurückbehaltungsrecht (§ 370 UGB) zeigt, wird Gläubigergewahrsame an gleichartigen und an ungleichartigen Vermögenswerten in der Krise gleich behandelt, was das bevorzugte Befriedigungsrecht des innehabenden Gläubigers betrifft. Die schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame schadet dem bevorzugten Befriedigungsrecht weder in dem einen noch in dem anderen Fall. Mit der erweiterten Aufrechnungsmöglichkeit (§ 19 Abs 2 Satz 1 IO analog) verbessert sich die Rechtsposition des innehabenden Gläubigers gleichermaßen, wie es das Notretentionsrecht (§ 370 UGB) für ihn eigentlich nur im unternehmerischen Geschäftsverkehr vorsieht: Er kann bevorzugte Befriedigung aus dem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert erlangen, selbst wenn ihn diesbezüglich bereits eine fällige Leistungs-/Herausgabepflicht trifft, wenn seine Gläubigergewahrsame also schlicht unberechtigt ist. Die Erweiterung der Aufrechnungsmöglichkeiten in der Insolvenz, wie sie die wohl überwiegende Ansicht annimmt, gliedert sich damit ein in die Reihe der **Notsicherungsbehelfe des innehabenden Gläubigers**. Sie verleiht dem eingangs nur grob skizzierten Prinzip, wonach sich die **Rechtsposition des innehabenden Gläubigers in der Krise verbessert**, eine weitere Kontur.

3. In Notlagen ist die Rechtsposition des innehabenden Gläubigers aber nicht nur dadurch verbessert beziehungsweise abgesichert, dass er aufrechnen kann, selbst wenn es an Gleichartigkeit fehlt. Wesentlich erscheint im Zusammenhang mit der Aufrechnung in der Insolvenz ferner, dass man sie – wie erwähnt (oben S 335) – großteils ebenso als zulässig ansieht, wenn der Gläubiger in ein **Kompensationsverbot** eingewilligt hat. Dessen Unwirksamkeit ist zwar nur für das Verbrauchergeschäft explizit angeordnet (§ 6 Abs 1 Z 8 KSchG), Teile der Lehre befürworteten aber eine Analogie außerhalb des Verbraucherrechts. Das gesetzliche Verbot und die dazu vertretene Analogie bestätigen die hier herausgearbeitete Wertung: Mit Eintritt einer Notlage steht dem Gläubiger, der einen vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert (noch) in seiner Gewahrsame hat, selbst dann bevorzugte Befriedigung daraus zu, wenn – infolge des Kompensationsverbots – an sich keine Dispositionsentziehung vorliegt.

5. Verfolgungsrecht

1. Schließlich ist auch das Verfolgungsrecht (§ 45 IO) als ein Anwendungsfall der Notsicherungsbehelfe zu betrachten; seine Ausgestaltung harmoniert

1384 Dass der Gläubiger in der Krise des Schuldners besonders schutzwürdig ist, wird im Zusammenhang mit der Aufhebung des Ausschlusstatbestandes nach § 369 Abs 3 UGB (besondere Sachwidmung) durch das Notzurückbehaltungsrecht (§ 370 Abs 2 UGB) herausgestrichen (oben S 351 FN 1368).

mit den bisherigen Thesen. Danach kann ein Verkäufer (= Gläubiger) Waren zurückfordern, die an den Schuldner abgesendet und noch nicht vollständig bezahlt worden sind, solange diese Waren nicht am Ablieferungsort angekommen und nicht in die Gewahrsame des Schuldners gelangt sind. Wie erwähnt[1385] ist damit der Versendungskauf geregelt, bei dem der Käufer in der Regel bereits mit Übergabe an den Transporteur Eigentum erwirbt (§ 429 ABGB). Ziel der Bestimmung ist es, den aus Sicht des unbezahlten Verkäufers problematischen Eigentumserwerb zu neutralisieren, indem ihm ein Aussonderungsrecht gewährt wird. Bis zur Ablieferung der Ware stellt das Absenderverfügungsrecht des Gläubigers gegenüber dem Transporteur (§ 433 UGB) eine Situation her, die man einer (verlängerten) Gläubigergewahrsame gleichsetzen kann. Problematisch ist allerdings die für die Gläubigerprivilegierung erforderliche (rechtliche) Dispositionsentziehung. Dabei ist – wie ebenfalls bereits betont[1386] – zu bedenken, dass den Gläubiger (= Verkäufer) hier eine Vorleistungspflicht trifft[1387]. Im **Normalfall** – und sofern keine Unsicherheitseinrede (§ 1052 Satz 2 ABGB) zusteht – könnte der Gläubiger (Verkäufer/Absender) dem fälligen Leistungsanspruch des Schuldners (Käufers/Empfängers) daher keine Einwände entgegenhalten; eine **Zurückbehaltung des Vermögenswerts** wäre also **unberechtigt**. Wenngleich dem Gläubiger beim Versendungskauf während des Transports also grundsätzlich das Absenderverfügungsrecht zusteht, ist die rechtliche Verfügungsmacht des Schuldners über den Vermögenswert letztlich genauso wenig eingeschränkt wie im Normalfall eines Kaufs, wenn es also zu einer (schlicht) unberechtigten Zurückbehaltung in den „eigenen Händen" kommt[1388]: Auf Grund der vertraglich übernommenen Pflicht hat es der Gläubiger zu unterlassen, seine Rechte gegenüber dem Transporteur in einer Weise auszuüben, die seiner Leistungspflicht widerspricht. Tut er dies dennoch und hält damit sozusagen seine (verlängerte) Gewahrsame über den Fälligkeitszeitpunkt hinaus aufrecht, stellt sich die Situation gleichermaßen dar wie in allen anderen Fällen, in denen er seine Gewahrsame trotz fälliger Leistungs-/Herausgabepflicht aufrechterhält. Mangels eines echten Zurückbehaltungs*rechts* liegt also auch hier unberechtigte Gläubigergewahrsame an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert vor; das Befriedigungsrecht des innehabenden Gläubigers konkurriert somit – wie grundsätzlich stets bei unberechtigter Zurückbehaltung ungleichartiger Vermögenswerte – mit den Befriedigungsrechten anderer Gläubiger. Denn sowohl der Schuldner (Käufer) kann wirksam zugunsten Dritter über den Vermögenswert verfügen (Abtretung seines einredefreien Leistungsanspruchs)[1389], als auch steht anderen Gläubigern der

1385 Dazu und zum Folgenden mit Nachweisen oben 3. Kapitel § 4 C.III.3.d; S 285 ff.
1386 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.3.d; insbesondere S 288 f.
1387 Oben S 289 bei und in FN 1176.
1388 Vgl oben 3. Kapitel § 5 B.II.3; S 337 ff.
1389 Oben S 289 FN 1177.

exekutive Zugriff darauf offen (Anspruchsexekution)[1390]. Trotz (verlängerter) Gläubigergewahrsame **fehlt** es damit an der **Dispositionsentziehung**. Der Gläubiger darf demnach nicht darauf vertrauen, dass der Vermögenswert Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt; im Lichte des zuvor[1391] entwickelten Prinzips der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung erscheint es daher grundsätzlich nicht gerechtfertigt, ihm in der Insolvenz bevorzugte Befriedigung zu gewähren.

2. Die Situation ändert sich jedoch mit **Insolvenz** des Schuldners (Käufers): Der Gläubiger (Verkäufer) genießt eine insolvenzfeste Position am Vermögenswert (Aussonderungsrecht), obwohl sein Eigentum bereits auf den Schuldner (Käufer) übergegangen ist (§ 429 ABGB) und obwohl seine Gewahrsame (schlicht) unberechtigt ist (fällige Leistungspflicht). Die bevorzugte Befriedigung aus dem Vermögenswert setzt lediglich zweierlei voraus: (i) Der Vermögenswert (Ware) befindet sich noch nicht beim Schuldner (Käufer), sondern beim Transporteur und damit in der verlängerten Gewahrsame des Gläubigers (Verkäufers). (ii) Der Vermögenswert ist nach wie vor Teil des schuldnerischen Haftungsfonds; es dürfen noch keine Rechte Dritter daran begründet worden sein (durch Verfügungen des Schuldners oder durch exekutive Zugriffe anderer Gläubiger). Im Ergebnis stellt das Verfolgungsrecht den Gläubiger (Verkäufer/Absender) demnach de facto genau so, **als käme ihm ein (Not-)Zurückbehaltungsrecht zu**. Im Verfolgungsrecht verwirklicht sich damit wiederum der schon freigelegte Grundsatz, dass die Rechtsposition und das Befriedigungsrecht des innehabenden Gläubigers in Notlagen gesichert sind, indem seine Privilegierung nicht bloß bei gleichartigen Vermögenswerten (Aufrechnungslage), sondern ebenso bei ungleichartigen Vermögenswerten trotz schlicht unberechtigter Gläubigergewahrsame erhalten bleibt. Damit gehört das Verfolgungsrecht nach § 45 IO ebenfalls zum Kreis der Notsicherungsbehelfe des innehabenden Gläubigers.

IV. Zwischenresümee und Schlussfolgerungen

1. Auswertung: Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen

1. Insolvenzfeste Rechtspositionen an beweglichen Vermögenswerten sind – wie sich gezeigt hat[1392] – grundsätzlich dadurch gerechtfertigt, dass der Gläubiger einen vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert in seiner Gewahrsame hat und so eine **Dispositionsentziehung** gegenüber dem Schuldner herstellt. Das stellt sicher, dass der Schuldner weder faktisch noch rechtlich über den Vermögenswert verfügen kann; Dritten ist es verwehrt,

1390 Oben S 290 FN 1178 sowie 3. Kapitel § 5 B.II.3.b; S 341 ff.
1391 Oben 3. Kapitel § 4 C.III; S 258 ff.
1392 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.2.d; S 268 ff.

exekutiv auf den Vermögenswert zu greifen. Der innehabende Gläubiger darf somit darauf vertrauen, dass der Vermögenswert **Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt**. Das erlaubt es, sein Befriedigungsrecht nicht mit den Befriedigungsrechten anderer Gläubiger konkurrieren zu lassen und ihn bevorzugt aus diesem Vermögenswert zu befriedigen. Einer Antwort harrt allerdings die Frage, ob diese Wirkungen ebenso Platz greifen, wenn der innehabende Gläubiger eine Vorleistungs- oder Kreditierungspflicht übernommen hat, wenn er also – abstrakt gesprochen – zur **Gewahrsame** am Vermögenswert gar **nicht berechtigt** ist. Die vorstehenden Überlegungen haben dazu ein weiteres, im positiven Recht durchgehend verwirklichtes Bauprinzip hervorgebracht. Dabei ist unter zwei Aspekten zu **differenzieren**: (i) Gewahrsame an gleichartigen und daher grundsätzlich aufrechenbaren Vermögenswerten einerseits (Aufrechnungslage) und Gewahrsame an ungleichartigen, daher (grundsätzlich) nicht aufrechenbaren Vermögenswerten andererseits (Zurückbehaltungslage) sind zu unterscheiden. (ii) Der innehabende Gläubiger kann durch die faktische Zurückbehaltung (= Aufrechterhaltung seiner Gewahrsame) entweder bloß eine fällige Leistungs-/Herausgabepflicht verletzen (schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame). Oder seine Gewahrsame kann gegen ein gesetzliches Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsverbot verstoßen; in dieser Situation tritt zur Verletzung einer Leistungs-/Herausgabepflicht noch ein zusätzliches Moment hinzu, das die Gewahrsame besonders verpönt erscheinen lässt (qualifiziert unberechtigte Gläubigergewahrsame).

In **Aufrechnungslagen** entfällt die Dispositionsentziehung generell nur bei qualifiziert unberechtigter Gläubigergewahrsame (Aufrechnungsausschluss nach § 1440 Satz 2 ABGB). Bei schlicht unberechtigter Gewahrsame bleibt es hingegen dabei, dass der in Gläubigergewahrsame befindliche Vermögenswert wirksamen Verfügungen des Schuldners und Zugriffen anderer Gläubiger entzogen ist. Trotz schlicht unberechtigter Gewahrsame liegt somit Dispositionsentziehung vor, daher bleibt das bevorzugte Befriedigungsrecht des innehabenden Gläubigers bestehen. Bei Verzug des Vorleistungspflichtigen geht seine Privilegierung als Gläubiger also nicht verloren.

Demgegenüber sind bei **Gläubigergewahrsame an ungleichartigen Vermögenswerten** die Voraussetzungen für bevorzugte Befriedigung des Gläubigers (wegen der geänderten Ökonomie der Rechtsdurchsetzung) verschärft: Hier beseitigt schon eine fällige Leistungs-/Herausgabepflicht – das heißt schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame – die Wirkungen der Dispositionsentziehung. Dem innehabenden Gläubiger wäre eine insolvenzfeste Position am betreffenden Vermögenswert nur dann zu gewähren, wenn er ausnahmsweise **zur Zurückbehaltung berechtigt** ist, sodass seine Gewahrsame an dem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert legitimiert ist (vgl § 10 Abs 2 IO). Anders als in Aufrechnungslagen lässt das positive Recht bei schlicht unberechtigter Gläubigergewahrsame an ungleichartigen Vermögenswerten die Wirkungen der Dispositionsentziehung also grundsätzlich

entfallen. Unter besonderen Voraussetzungen schlägt das Pendel aber wieder in die andere Richtung aus: Wenn die Durchsetzung seines Anspruchs konkret gefährdet erscheint, wird der innehabende Gläubiger dennoch – das heißt trotz schlicht unberechtigter Gewahrsame – privilegiert. Zum Ausdruck kommt dieses allgemeine Bauprinzip im Notzurückbehaltungsrecht (§ 370 UGB), in den erweiterten Aufrechnungsmöglichkeiten in der Insolvenz (§ 19 Abs 1 Satz 2 IO analog) sowie im Verfolgungsrecht (§ 45 IO). Aus diesen **Notsicherungsbehelfen des innehabenden Gläubigers** ist abzuleiten, dass der innehabende Gläubiger erst – aber immerhin! – **ab Eintritt einer Notlage** beim Schuldner über ein bevorzugtes Befriedigungsrecht verfügt, mag seine Gewahrsame auch (schlicht) unberechtigt sein.

2. Nicht einfach ist es, dem unscharfen – bislang dennoch bewusst verwendeten – **Begriff der Notlage** Konturen zu verleihen. Wenngleich dieser Begriff durchgehend zum Einsatz kam, darf das nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Anwendungsbereiche der einzelnen Notsicherungsbehelfe nicht exakt decken. So sind die erweiterte Aufrechnungsmöglichkeit und das Verfolgungsrecht (§ 45 IO) erst bei Insolvenz vorgesehen; das Notzurückbehaltungsrecht (§ 370 UGB) hingegen steht schon davor zu, nämlich bei Zahlungseinstellung sowie bei erfolgloser Exekution. Der Tatbestand der Notlage franst in seinen Randbereichen also unterschiedlich aus, das sollte jedoch dem Versuch nicht im Wege stehen, an diesen Begriff anknüpfend ein allgemeines Regelungsprinzip herzuleiten. Unzweifelhaft ist, dass **Insolvenz** des Schuldners eine relevante Notlage darstellt, die es rechtfertigt, den innehabenden Gläubiger zu privilegieren. Erwägenswert scheint es sogar, der unberechtigten Gläubigergewahrsame bereits davor entsprechende Sicherungskraft zuzubilligen; methodisch wäre dies zu erreichen, indem man § 370 UGB als tragfähige Analogiebasis für ein allgemeines Notzurückbehaltungs- beziehungsweise Notsicherungsrecht heranzieht, das stets ab **Eintritt einer konkreten Gefährdungslage** eingreift[1393]. Dass die ratio von § 370 UGB meines Erachtens über das Unternehmensrecht hinausreicht und verallgemeinerungsfähig ist, wurde schon dargelegt[1394]. Zudem haben gewichtige Stimmen[1395] dafür plädiert, die vom Insolvenzrecht gewährten Schutzmechanismen generell schon davor eingreifen zu lassen, wenn der Schuldner nicht leisten kann.

3. Wo auch immer man die Notlage exakt einsetzen lässt, sie bewirkt jedenfalls, dass ausnahmsweise eine fällige Leistungs-/Herausgabepflicht betreffend den in Gläubigergewahrsame befindlichen Vermögenswert nicht dazu

1393 Zur Konkretisierung dieses Gedankens siehe auch unten S 364 FN 1408 und FN 1409.

1394 Oben S 353 f mit Nachweisen.

1395 In diesem Sinn *Ehrenzweig*, Zahlungsunfähigkeit 3 ff konkret zur den Aufrechnungsmöglichkeiten nach Insolvenzeröffnung.

führt, dass der Gläubiger das bevorzugte Befriedigungsrecht an diesem Vermögenswert verliert. Oder anders formuliert: Das bevorzugte Befriedigungsrecht bleibt in Notlagen erhalten, solange (i) sich der Vermögenswert tatsächlich noch in Gläubigergewahrsame befindet – mag diese Gläubigergewahrsame auch schlicht unberechtigt sein! – und (ii) der im Leistungsanspruch liegende Vermögenswert nicht bereits zuvor (durch Verfügungen des Schuldners oder exekutive Zugriffe anderer Gläubiger) dem schuldnerischen Haftungsfonds verloren gegangen ist. Sobald eine Notlage vorliegt, ist das bevorzugte Befriedigungsrecht an Vermögenswerten in Gläubigergewahrsame gegenüber einer fälligen Leistungs-/Herausgabepflicht immun. Prägnant lässt sich damit ein Prinzip der **Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame (ohne Dispositionsentziehung) in Notlagen** formulieren.

4. Nicht stören darf dabei der Umstand, dass die Privilegierung in Notlagen dem Gläubiger in durchaus verschiedener Gestalt zugutekommt: Beim Notzurückbehaltungsrecht folgt sie aus der Gleichstellung mit dem Pfandrecht, was zu abgesonderter Befriedigung berechtigt (§ 10 Abs 2 iVm § 48 IO); die Aufrechnung führt unmittelbar zu bevorzugter Befriedigung; und das Verfolgungsrecht gewährt ein Aussonderungsrecht. Mögen die zum Einsatz gebrachten **Rechtsfolgen** auch **uneinheitlich** sein[1396], so steht dahinter im Kern doch stets derselbe Schutzmechanismus: Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist zugunsten des innehabenden Gläubigers durchbrochen; er ist berechtigt, sich aus dem in seiner Gewahrsame befindlichen Vermögenswert bevorzugt zu befriedigen[1397].

5. Stellt man das neu gewonnene Prinzip der Gläubigerprivilegierung in Notlagen dem zuvor herausgearbeiteten allgemeinen Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung gegenüber, werden ihre unterschiedlichen **Anwendungsbereiche** und ihr **Verhältnis zueinander** erkennbar. Die **Privilegierung in Notlagen** (Notzurückbehaltungsrecht, Aufrechnungslage für ungleichartige Forderungen, Verfolgungsrecht) greift unabhängig von Dispositionsentziehung am betreffenden Vermögenswert ein: Vor Eintritt der Notsituation ist der Gläubiger weder gegen Verfügungen des Schuldners zugunsten Dritter und noch gegen exekutive Zugriffe anderer Gläubiger auf den Vermögenswert geschützt[1398]. Dass der Vermögenswert Teil des Haftungsfonds bleibt, ist demnach (zunächst) nicht gesichert; es

1396 Zu dieser heterogenen Regelungstechnik vgl bereits den Befund von *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 163 ff, insbesondere 171 (dazu oben S 188 FN 797).

1397 Dazu und insbesondere zur Konstruktion des bevorzugten Befriedigungsrechts an einem zum Vermögen des Gläubigers gehörenden Vermögenswert oben S 240 f.

1398 Zum Notzurückbehaltungsrecht (§ 370 UGB) oben S 350 ff. Für die Aufrechnung ungleichartiger Forderungen (§ 19 Abs 2 Satz 1 IO analog) ergibt sich das aus dem Erfordernis der Insolvenzeröffnung; davor liegt keine Aufrechnungslage vor. Zum Verfolgungsrecht unmittelbar oben S 357 f sowie bereits zuvor S 290 FN 1178 sowie 3. Kapitel § 5 B.II.3.b; S 341 ff je mit Nachweisen.

droht vielmehr dessen „ätherische Flüchtigkeit“[1399]. Der Gläubiger kann nur dann in den Genuss der Privilegierung kommen, wenn sich der Vermögenswert bei Eintritt der Notlage tatsächlich noch in Gläubigergewahrsame befindet *und* außerdem wirtschaftlich betrachtet noch Teil des schuldnerischen Haftungsfonds ist. Die Gläubigerprivilegierung durch einen Notsicherungsbehelf kann also insbesondere dadurch vereitelt sein, dass der Schuldner seinen fälligen Leistungs-/Herausgabeanspruch bereits vor der Notlage durchsetzt und den Gläubiger damit zwingt, die Gewahrsame am Vermögenswert aufzugeben[1400]. Ebenso wenig kann der Gläubiger bevorzugte Befriedigung erlangen, wenn der Schuldner bereits wirksam zugunsten eines Dritten verfügt hat[1401].

Anders stellt sich die Situation im Normalfall der **Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung** (Faustpfand, Aufrechnungslage, Zurückbehaltungsrecht)[1402] dar: Der innehabende Gläubiger kann von Beginn an darauf vertrauen, dass der Vermögenswert faktischen und rechtlichen Verfügungen des Schuldners entzogen ist und dass Dritte darauf nicht zugreifen können; ebenso wenig besteht in diesen Konstellationen ein durchsetzbarer Leistungs-/Herausgabeanspruch des Schuldners. Infolge dieser Dispositionsentziehung kann sich der Gläubiger also – auch schon vor Eintritt der Notlage – sicher sein, dass der Vermögenswert Teil des schuldnerischen Haftungsfonds bleiben wird.

1399 Siehe oben samt Nachweisen S 272.

1400 Dies lässt sich anhand eines Beispiels verdeutlichen: G verkauft Waren an S und kreditiert den Kaufpreis; die Lieferung soll durch einen Transporteur erfolgen (Versendungskauf). Die Übergabe an den Transporteur lässt das Eigentum auf S übergehen (§ 429 ABGB). Danach übt G (Verkäufer/Absender) sein Absenderverfügungsrecht (§ 433 UGB) aus und behält die Ware damit über den Fälligkeitszeitpunkt hinaus in seiner (verlängerten) Gewahrsame (oben S 286 f). G befindet sich damit also in Verzug. Wenn S (Käufer/Empfänger) jetzt insolvent wird, befindet sich der Vermögenswert (Ware) noch in Gs Gewahrsame und ist überdies auch Teil des schuldnerischen Haftungsfonds. G kommt daher eine insolvenzfeste Position zu: Auf Grund des Verfolgungsrechts (§ 45 IO) kann er aussondern. Hätte S seinen fälligen Leistungsanspruch gegen G hingegen bereits vor Insolvenzeröffnung durchgesetzt, wäre damit die Gläubigergewahrsame verloren gegangen; dementsprechend käme G nach dem Tatbestand von § 45 IO kein Aussonderungsrecht mehr zu.

1401 Dies zeigt sich, wenn man das eben gebildete Beispiel (FN 1400) leicht abwandelt: Anstatt den fälligen Leistungsanspruch gegen G (Verkäufer/Absender) durchzusetzen, verfügt S (Käufer/Empfänger) zugunsten eines Dritten wirksam über den Vermögenswert – etwa durch Besitzanweisung zugunsten des D (dazu oben S 286 FN 1166). Danach wird S insolvent. Da G gegenüber D keine Einreden zustehen, hat sich der Vermögenswert vor der Krise aus dem schuldnerischen Haftungsfonds verflüchtigt. G kommt daher keine insolvenzfeste Position mehr daran zu (S 289 f FN 1177).

1402 Dazu eingehend oben 3. Kapitel § 4 C.III.3; S 276 ff.

6. Davon ausgehend ist es möglich, **Funktion** und innere Rechtfertigung des neu definierten Prinzips zu bestimmen. Bei Privilegierung in Notlagen knüpft die insolvenzfeste Position an weniger strenge Voraussetzungen: Rein faktische Gläubigergewahrsame genügt, mag sie auch schlicht unberechtigt sein. Damit schließt dieses Bauprinzip eine Schutzlücke, die für den Gläubiger besteht, wenn er ungleichartige, vom Schuldner zu beanspruchende Vermögenswerte in schlicht unberechtigter Gewahrsame hat. Hier darf der Gläubiger mangels effektiver Dispositionsentziehung nicht auf die fortbestehende Zugehörigkeit zum schuldnerischen Haftungsfonds vertrauen. Es wäre daher – wie dargelegt[1403] – grundsätzlich nicht gerechtfertigt, ihn in der Insolvenz gegenüber anderen Gläubigern zu privilegieren. Dennoch sieht sich der Gläubiger angesichts seiner rein faktischen Gläubigergewahrsame, mag diese auch unberechtigt sein, nach seinem **praktischen Rechtsempfinden**[1404] durchwegs keinem Risiko ausgesetzt. Die Analyse der im positiven Recht festgeschriebenen Notsicherungsbehelfe hat hervorgebracht, dass diese Erwartung des innehabenden Gläubigers erst – aber immerhin! – ab Eintritt der wirtschaftlichen Notlage geschützt ist; seine Befriedigungsrechte am betreffenden Vermögenswert werden ab diesem Moment bevorzugt.

7. Nicht ganz so leicht zu ergründen scheint die **rechtssystematische Rechtfertigung** dafür, dass die Rechtsordnung eine solche Gläubigererwartung, also das angesprochene praktische Rechtsempfinden schützt. Wiederum darf man sich – wie schon für die Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung – nur mit einer Erklärung begnügen, die dem Erfordernis der zweiseitigen Rechtfertigung gerecht wird[1405]. Aus der Warte des innehabenden Gläubigers, ist – wie betont – festzustellen, dass angesichts der unberechtigten Gewahrsame zunächst keine Dispositionsentziehung vorliegt; vielmehr muss der Gläubiger damit rechnen, dass der Vermögenswert sich aus dem schuldnerischen Haftungsfonds verflüchtigt. Erst mit Eintritt der Notlage lassen die Notsicherungsbehelfe ein bevorzugtes Befriedigungsrecht des

1403 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.2.d; S 268 ff.

1404 Zwar kann man diese verbreitete Einschätzung noch nicht als Grundlage dafür genügen lassen, ein allgemeines Rechtsprinzips anzuerkennen. Nicht zu bestreiten ist aber, dass ein derartiges Rechtsempfinden in der Rechtswirklichkeit tatsächlich besteht. Siehe etwa schon *Dernburg*, Pfandrecht II 95 f, und *Geller*, ZBl 1, 8 (34; dazu oben S 189 FN 802). Anschaulich auch *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 41 ff, im Zusammenhang mit der Redaktionsgeschichte des § 471 ABGB. Speziell für den kaufmännischen Geschäftsverkehr oben S 238 FN 981.

1405 Eingehend wiederum oben 3. Kapitel § 4 C.III.2.d; S 268 ff mit Nachweisen. Es ist demnach nicht nur zu begründen, weshalb es legitim ist, der Gläubigergemeinschaft/Insolvenzmasse den in Fremdgewahrsame befindlichen Vermögenswert zu entziehen; es muss gleichermaßen legitimiert werden, warum auf Seiten des innehabenden Gläubigers die positive Konsequenz eingreift, nämlich eine Durchbrechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu seinen Gunsten durch Gewährung eines Notsicherungsbehelfs.

Gläubigers entstehen. Rechte Dritter, die davor schon begründet wurden, tangieren das bevorzugte Befriedigungsrecht, das auf einem Notsicherungsbehelf beruht, also grundsätzlich nicht[1406]; das harmoniert damit, das bis zu diesem Zeitpunkt keine Dispositionsentziehung vorliegt. Ab Insolvenz greift der Gleichbehandlungsgrundsatz ein[1407] und dem Schuldner ist die freie Verfügungsmacht über sein Vermögen ohnehin entzogen[1408]; auch exekutive Zugriffe Dritter sind nicht mehr möglich[1409]. Ein Vermögenswert, der bei Eintritt der Notlage (noch) Teil des schuldnerischen Haftungsfonds war, wird es daher grundsätzlich bleiben. Deshalb ist es ab diesem Zeitpunkt nicht erforderlich, anhand der sonst geforderten Dispositionsentziehung zu prüfen, ob seine fortbestehende Zugehörigkeit zum Haftungsfonds gesichert ist; *alle Gläubiger* dürfen gleichermaßen darauf *vertrauen*, dass sich der Vermögenswert nicht mehr verflüchtigen kann. Entscheidend muss demnach sein, was abgesehen von diesem, normalerweise den Ausschlag gebenden Vertrauen auf die fortbestehende Zugehörigkeit zum schuldnerischen Haftungsfonds den *innehabenden Gläubiger* von den übrigen Gläubigern unterscheidet und so seine Privilegierung rechtfertigt.

Meines Erachtens ist dabei wieder bedeutsam, dass das **Vertrauen** der Gläubiger unterschiedlich ausgeprägt ist. Gemeint ist konkret ihr Vertrauen darauf, dass **Vermögenswerte, die sich nicht in Schuldnerhänden befinden, (zwangsweise) verwertbar sind**. Zutreffend wurde betont, das überindividuelle Vertrauen auf Verwertbarkeit von Vermögenswerten in Fremdgewahrsame sei im Allgemeinen nicht besonders schutzwürdig[1410]. Dies entspricht

1406 Oben S 361 FN 1398 mit Nachweisen.

1407 *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.1/1; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 28 KO Rz 5; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO[2] § 28 Rz 4; *Bachmann*, ZIK 1996, 3 (8 bei FN 28).

1408 Ab formeller Insolvenz (Insolvenzeröffnung) ergibt sich dies unmittelbar aus § 2 Abs 2 IO. Sofern man die Gläubigerprivilegierung bereits davor, das heißt mit Eintritt einer konkreten Gefährdungssituation im Sinne von § 370 UGB (oben S 360), annimmt, könnte an den Zeitpunkt der materiellen Insolvenz angeknüpft werden: Ab diesem Zeitpunkt erscheint die fortbestehende Zugehörigkeit zum schuldnerischen Haftungsfonds ebenfalls gesichert, weil die Regeln über die Anfechtung wegen Begünstigung (§ 30 IO) den Verlust der Verfügungsmacht des Schuldners auf den Zeitpunkt der materiellen Insolvenz zurückwirken lassen (siehe nur *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.1/1; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 30 KO Rz 1; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO[2] § 30 Rz 1).

1409 Ab *formeller* Insolvenz (Insolvenzeröffnung) ergibt sich dies unmittelbar aus § 10 Abs 1 IO (Exekutionssperre). Wiederum werden diese Rechtswirkungen durch die Anfechtungsregeln auf den Zeitpunkt der *materiellen* Insolvenz vorgezogen (§ 30 Abs 1 Z 1 iVm § 35 IO; dazu etwa *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.122 ff), sodass es meines Erachtens zulässig ist, das Tatbestandsmerkmal der Notlage (vgl oben S 360) schon hier anzusetzen.

1410 So im Ergebnis *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 136, allerdings ohne nähere Ausführungen.

zum einen dem klassischen Verständnis zur Indizwirkung der Besitzverhältnisse[1411]. Zum anderen muss der Verkehr aber wohl sogar dann skeptisch sein, wenn die Zugehörigkeit zum schuldnerischen Haftungsfonds dennoch (trotz Fremdgewahrsame) an sich feststeht. Dem Gewahrsamsinhaber kommen nämlich jedenfalls – also auch bei fehlender Berechtigung – umfangreiche Abwehrrechte bei **exekutiven Zugriffen** anderer Gläubiger oder gegenüber dem Insolvenzverwalter zu: Die Pfändung von Vermögenswerten hängt von der Herausgabebereitschaft des Gewahrsamsinhabers ab (§ 262 EO); zwar kann letztlich im Wege der Anspruchsexekution (§ 338 EO) auf den Vermögenswert gegriffen werden[1412], doch muss ein betreibender Gläubiger damit rechnen, dass in der Zwischenzeit (also bis zur Übergabe an den Gerichtsvollzieher) noch durch Pfändungen von Gläubigern des Gewahrsamsinhabers[1413] oder durch dessen Verfügungen[1414] vorrangige Rechte Dritter entstehen. In der **Insolvenz** besteht grundsätzlich ein Verwertungsrecht und -monopol des Insolvenzverwalters am gesamten Vermögen des Schuldners[1415]; dieses Recht ist aber auf die in seiner Gewahrsame befindlichen Vermögenswerte beschränkt[1416]. Vor Fälligkeit der Forderung kann er gegen den Willen des innehabenden Gläubigers weder kridamäßig veräußern noch freihändig verwerten (§ 120 Abs 3 IO)[1417]. Die Fremdgewahrsame an Vermögenswerten, die der Schuldner grundsätzlich beanspruchen kann, beeinträchtigt also die an sich bestehende Möglichkeit, diese Vermögenswerte zu verwerten. Diese Unsicherheiten und Hindernisse bestehen selbst dann, wenn gewiss ist, dass der Vermögenswert Teil des schuldnerischen Haftungsfonds ist.

All dies muss den **Verkehr** daran **zweifeln** lassen, ob **Vermögenswerte in Fremdgewahrsame** sich **verwerten** lassen beziehungsweise ob sich ihre **Massezugehörigkeit** durchsetzen lässt. Der **innehabende Gläubiger** hingegen – und nur er! – **muss mit solchen Unsicherheiten und Hindernissen nicht rechnen**; denn es ist allein an ihm, den Weg für die Verwertung des in seinen Händen befindlichen Vermögenswerts frei zu machen. Beim inneha-

1411 Dazu oben S 350 ff mit umfangreichen Nachweisen.

1412 Eingehend oben 3. Kapitel § 5 B.II.3.b; S 341 ff mit Nachweisen.

1413 Zu den denkbaren Fallkonstellationen *Oberhammer* in Angst/Oberhammer, EO³ § 325 Rz 12 ff, und *Frauenberger* in Deixler-Hübner, EO § 325 Rz 12. *Rintelen*, GZ 1903, 83 (87) und 91 (91), zieht sogar ein vorrangiges Befriedigungsrecht des Gewahrsamsinhabers selbst in Betracht, wenn dieses nach Anspruchspfändung aber vor Übergabe an den Gerichtsvollzieher entsteht.

1414 *Burgstaller*, Pfandrecht 139; *Oberhammer* in Angst/Oberhammer, EO³ § 325 Rz 16; *Frauenberger* in Deixler-Hübner, EO § 325 Rz 12.

1415 *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 48 KO Rz 177; zuletzt auch *Reichel*, ZIK, 2020, 106 (108); relativierend aber *Fidler* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 461 Rz 143.

1416 *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 48 KO Rz 181.

1417 Dazu näher oben S 240 mit weiteren Hinweisen.

benden Gläubiger ist die Aussicht auf Verwertung des Vermögenswerts also berechtigterweise stärker ausgeprägt und eher schutzwürdig als bei den übrigen Gläubigern. Auf diesem Wege scheint es möglich zu rechtfertigen, weshalb das Insolvenzrecht das angesprochene praktische Rechtsempfinden auf Sicherung durch eine in der Gewahrsame zurückbehaltene Sache (S 363) schützt, wie sich also dieser Schutz harmonisch in das Gesamtsystem der Gläubigerrechte einfügt. Das Instrument, um diese Gläubigererwartung zu schützen, sind die Notsicherungsbehelfe: Sie entziehen – abstrakt formuliert – den Vermögenswert dem Haftungsfonds, der allen Gläubigern zur gemeinschaftlichen Befriedigung dient, und weisen ihn dem innehabenden Gläubiger zur bevorzugten Befriedigung zu.

8. Im Rahmen der angestellten Analyse erscheint ein weiterer Umstand wesentlich: Die Notsicherungsbehelfe, die als Analogiebasis für das Prinzip der Gläubigerprivilegierung in Notlagen dienen, zeichnen sich durch eine Besonderheit aus, die sie speziell für die hier interessierenden Fälle relevant macht. Sie schließen nämlich gerade jene Rechtsschutzlücke, die für einen vorleistungspflichtigen Gläubiger trotz Unsicherheitseinrede (§ 1052 Satz 2 ABGB) noch aufklafft und die somit – wie eingangs erwähnt (oben S 140 f) – den Rahmen der hier unternommenen Untersuchung absteckt. Die insolvenzrechtlichen Privilegierungen aus dem Notzurückbehaltungsrecht[1418], aus der (erweiterten) Aufrechnungslage[1419] sowie aus dem Verfolgungsrecht[1420] greifen nämlich allesamt **unabhängig** davon ein, ob der innehabende Gläubiger bei Begründung der Vorleistungs-/Kreditierungspflicht die **schlechten Vermögensverhältnisse erkennen konnte** oder nicht. Nichts anderes gilt daher

1418 Nachweise oben S 351 FN 1364.

1419 Zwar schließt § 20 Abs 1 Satz 2 IO die Aufrechnung aus, wenn der Gläubiger die Gegenforderung vor Insolvenzeröffnung erworben hat, jedoch zur Zeit des Erwerbes die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte oder kennen musste (es sei denn, der Erwerb liegt länger als sechs Monate vor Insolvenzeröffnung zurück; Abs 2 Satz 1 leg cit). Nach herrschender Auffassung greift dieser Ausschluss jedoch nur ein, wenn die Gegenforderung des Gläubigers zeitlich nach der Hauptforderung der Masse beziehungsweise des Schuldners entsteht oder erworben wird. Nicht ausgeschlossen ist daher eine Aufrechnung mit Gegenforderungen des Gläubigers, die vor oder gleichzeitig mit der Hauptforderung des Schuldners entstanden sind; Zweck der Vorschrift ist es nämlich bloß, den billigen Aufkauf von Forderungen zur Kompensation schon bei drohender Konkurseröffnung zu verhindern (Nachweise oben S 333 f bei und in FN 1298). Daraus folgt, dass in den hier ausschließlich interessierenden Fällen der vertraglich übernommenen Vorleistungs-/Kreditierungspflicht die Aufrechnung nicht davon abhängt, ob dem Gläubiger die schlechten Vermögensverhältnisse bei Begründung der Gegenforderung oder bei Kreditgewährung bekannt waren oder bekannt sein mussten.

1420 Der Gesetzeswortlaut differenziert nicht; auch sonst sind – soweit überblickbar – keine Stellungnahmen zu finden, die eine derartige Einschränkung auch nur zur Diskussion stellen.

für das aus diesen Bestimmungen abgeleitete Prinzip der Gläubigerprivilegierung in Notlagen.

9. Indem man auf die erwähnten Bestimmungen des positiven Rechts rekurriert, hat man einen methodisch probaten Zugang zur Hand, um für die eingangs[1421] referierten Stellungnahmen zur Behandlung der Vorleistungspflicht in der Insolvenz eine solide Unterlage nachzuliefern. Schon bisher hat man (wohl überwiegend) vertreten, auch der vorleistungs-/kreditierungspflichtige Gläubiger bleibe gesichert, solange er nur den Vermögenswert nicht aus der Hand gegeben und noch in seiner Gewahrsame hat. Für diesen Standpunkt haben bisher jedoch überzeugende Begründungen gefehlt. Wer die gesetzlich vorgesehenen Notsicherungsbehelfe würdigt, kann dieses Ergebnis auf im positiven Recht konkret verankerte Wertungen zurückführen.

Ebenso wurde bereits angesprochen, dass bei **qualifiziert unberechtigter Gläubigergewahrsame** eine Gläubigerprivilegierung **selbst in Notsituationen ausgeschlossen** sein kann. Im Folgenden (Pkt V; S 374 ff) ist deshalb noch zu prüfen, ob und unter welchen Umständen die faktische Zurückbehaltung trotz übernommener Vorleistungs-/Kreditierungspflicht (Verzug) einen gesetzlichen Ausschlusstatbestand verwirklicht und so qualifiziert unberechtigte Gläubigergewahrsame begründet. Nur wenn kein gesetzlicher Ausschlusstatbestand verwirklicht ist, ist es gerechtfertigt, dem Gläubiger mit Gewahrsame an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert das bevorzugte Befriedigungsrecht zu gewähren. Zuvor sollen die bisher entwickelten Ansätze aber noch abgesichert werden; dazu sind weitere, sich daraus ergebende Konsequenzen aufzuzeigen und zu würdigen.

2. Weitere Schlussfolgerungen und Kontrollüberlegungen

a. Undurchsetzbarkeit von Kreditzusagen in der Krise

1. Wie gezeigt liegt dem positiven Recht die Wertung zugrunde, dass der Gläubiger in wirtschaftlichen Krisensituationen des Schuldners gesichert bleibt, wenn er einen vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert faktisch in seiner Gewahrsame behält, mag er dazu auch nicht berechtigt sein. Das hat weitreichende Konsequenzen über die Situationen der eigentlichen Vorleistungspflicht hinaus. So stellt sich die Interessenlage bei einem Darlehens-/Kreditverhältnis im eigentlichen Sinn gleich dar wie bei Vorleistungspflicht[1422]: Denn für die Stellung des Gläubigers macht es keinen Unterschied, ob er einen Vermögenswert in der Erwartung überträgt, dass ihm der Vermögenswert zurückgestellt oder zurückgezahlt wird (Darlehens-/Kreditzusage), oder ob er eine Gegenleistung des nachleistungsberechtigten Schuld-

1421 Nachweise oben 3. Kapitel § 2 A.I und II; S 145 ff.

1422 *Koziol* in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht[1] II Rz 1/19 mit weiteren Hinweisen.

ners erwartet (Vorleistungspflicht). Die zuvor angestellten Überlegungen zum Prinzip der Privilegierung des innehabenden Gläubigers in Notlagen führen demnach dazu, dass ebenso **jeder Darlehensgeber** dem übernommenen Insolvenzrisiko „nachträglich" noch entfliehen kann, indem er trotz fälliger Leistungspflicht den Vermögenswert (hier: die zuzuzählende Darlehensvaluta) faktisch zurückbehält.

Es hat sich ferner gezeigt, dass sämtliche Notsicherungsbehelfe dem Gläubiger unabhängig davon zustehen, ob ihm die **schlechten Vermögensverhältnisse** des Schuldners bei Begründung seiner Vorleistungspflicht **erkennbar** waren (oben S 366 f). Für Darlehen sollte daraus folgen, dass ebenso wenig ein Darlehensgeber gezwungen werden kann, „sehenden Auges" an den bereits in Notlage geschlitterten Schuldner zu leisten. Ab Insolvenzeröffnung ist er berechtigt, den vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert (Darlehensvaluta) trotz Fälligkeit in seiner Gewahrsame zurückzubehalten, selbst wenn er die schlechten Vermögensverhältnisse des Schuldners bei Zustandekommen der Darlehenszusage erkennen konnte. Wegen der fälligen Kreditierungspflicht wäre die Gewahrsame des Darlehensgebers an der Darlehensvaluta im Normalfall unberechtigt; in Notlagen muss der Darlehensgeber jedoch gleichermaßen in den Genuss der Notsicherungsbehelfe kommen, wie sie das positive Recht für Einzelkonstellationen (Notzurückbehaltungsrecht, erweiterte Aufrechnungsmöglichkeit, Verfolgungsrecht) gewährt. Der Darlehensgeber kann sich sozusagen bevorzugt aus dem zurückbehaltenen Vermögenswert befriedigen, indem er gegen den Anspruch des Schuldners auf Zuzählung der Valuta mit seinem Rückzahlungsanspruch aufrechnet; dadurch erlischt seine Leistungspflicht[1423].

2. Seit Inkrafttreten des Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetzes (DaKRÄG) scheint das positive Recht eben einen solchen Schutz des Kreditgebers im Ergebnis unmittelbar festzuschreiben: Nach **§ 991 ABGB** kann der Darlehensgeber[1424] die Auszahlung des Kreditbetrags verweigern, wenn sich nach Vertragsabschluss Umstände ergeben, die eine Verschlechterung der Vermögenslage des Kreditnehmers in einem solchen Ausmaß erweisen, dass die Rückzahlung des Kredits gefährdet ist[1425]. Im Anschluss an die Gesetzes-

1423 Zu dieser Konstruktion eines bevorzugten Befriedigungsrechts an Vermögenswerten, die sich noch im Gläubigervermögen befinden, oben S 241 f.

1424 Zwar regelt diese Bestimmung unmittelbar nur den Kreditvertrag, doch wird generell die analoge Anwendung der Rechts zur Auszahlungsverweigerung auf alle Darlehensverträge im Sinne von § 983 ABGB (also nicht bloß entgeltliche Kreditverträge im Sinne von § 988 ABGB) vertreten. Siehe nur *P. Bydlinski/Bollenberger*, ÖBA 2010, 96 (101); *P. Bydlinski*, ecolex 2010, 520 (524); ihm folgend *Aichberger-Beig* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.04] § 991 Rz 6. Anders *Wendehorst* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 991 ABGB Rz 6.

1425 Dies wurde schon nach alter Rechtslage für das sogenannte Darlehensversprechen (§ 983 Satz 2 ABGB idF vor dem DaKRÄG) vertreten (*Ehrenzweig*, Zahlungsunfähigkeit 13; *Koziol* in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht[1] II Rz 1/19).

materialien[1426] wird dazu vertreten, bei § 991 ABGB handle es sich um eine besondere Ausformung der allgemeinen Unsicherheitseinrede (§ 1052 Satz 2 ABGB)[1427]. Dementsprechend soll dem Darlehensgeber das Weigerungsrecht nur zustehen, wenn er die schlechten Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses trotz ordnungsgemäßer Prüfung der Kreditwürdigkeit nicht erkennen konnte[1428]; **fahrlässige Unkenntnis schade** demnach.

Eine solche Auslegung von § 991 ABGB, die das Recht zur Auszahlungsverweigerung auf die Fälle der fehlenden Erkennbarkeit der schlechten Vermögensverhältnisse beschränkt, gibt der Gesetzeswortlaut aber nicht zwingend vor; im Lichte des zuvor entwickelten Prinzips von der krisenbedingten Gläubigerprivilegierung scheint es ebenfalls **zu streng**, § 991 ABGB so auszulegen. Evident wird dies, wenn man § 991 ABGB dem unternehmerischen Notzurückbehaltungsrecht (§ 370 UGB) gegenüberstellt; dieses Notzurückbehaltungsrecht kann der Gläubiger unabhängig davon ausüben, ob er vorleistungspflichtig ist, und unabhängig davon, ob ihm die Unkenntnis der schlechten Vermögensverhältnisse des Schuldners vorzuwerfen ist oder nicht[1429]. Geht man – wie hier vertreten[1430] – davon aus, dass diesem Notsicherungsbehelf ein allgemeiner, auch abseits des unternehmerischen Geschäftsverkehrs eingreifender Schutzzweck zugrunde liegt, nimmt die herrschende Auffassung zu § 991 ABGB einen Wertungswiderspruch in Kauf, wenn sie das Weigerungsrecht des Darlehensgebers nur unter der Voraussetzung anwenden will, dass ihm die Unkenntnis der schlechten Vermögensverhältnisse nicht vorzuwerfen ist: Weshalb sollte dem sorglosen Kreditgeber ein Leistungsverweigerungsrecht in der Krise des Kreditnehmers verwehrt sein, dem vorleistungspflichtigen Gläubiger, der sorglos ist, jedoch nicht[1431]? Zu denselben Ergebnissen gelangt, wer die beiden anderen Notsicherungsbehelfe (erweiterte Aufrechnungsmöglichkeit und Verfolgungsrecht) in die Betrachtung miteinbezieht. Sie verwirklichen das oben[1432] formulierte Prinzip

1426 ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 13.

1427 *Stabentheiner/Dimmel*, ÖBA 2009, 969 (705); *P. Bydlinski*, ecolex 2010, 520 (524: „kreditvertragsspezifische Unsicherheitseinrede“); *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 818 (825). Diese Verwandtschaft hat schon *Regelsberger*, JherJB 40, 451 (478), für die deutschen Parallelbestimmungen des § 321 und § 490 BGB (= § 610 BGB aF) ins Treffen geführt.

1428 ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 13. In diesem Sinn auch *Stabentheiner/Dimmel*, ÖBA 2009, 969 (705); *P. Bydlinski*, ecolex 2010, 520 (524); *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB, ABGB[7] § 991 Rz 1; *Wendehorst* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 991 ABGB Rz 9; *Aichberger-Beig* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.04] § 991 Rz 3.

1429 Oben S 351 bei und in FN 1364.

1430 Oben S 352 ff.

1431 Zur Gleichheit der Interessenlage von Kreditierungspflicht und Vorleistungspflicht oben S 367 FN 1422.

1432 Zuvor 3. Kapitel § 5 B.IV.1; S 358 ff.

der Gläubigerprivilegierung in Notlagen. Der Darlehensgeber ist bis zur tatsächlichen Zuzählung der Darlehensvaluta als Gläubiger anzusehen, der einen vom Schuldner (= Darlehensnehmer) zu beanspruchenden Vermögenswert (= Darlehensvaluta) noch in seiner – wenngleich unberechtigten – Gewahrsame hat; das faktische Zurückhalten der Leistung schützt den Darlehensgeber vor dem Insolvenzrisiko.

3. Doch selbst wenn man sich dieser Auslegung des § 991 ABGB nicht anschließt, wird man den sorglosen Darlehensgeber nicht das Insolvenzrisiko tragen lassen, solange es noch nicht zur Valutierung gekommen ist, das heißt, solange der Gläubiger (Darlehensgeber) den vom Schuldner (Darlehensnehmer) zu beanspruchenden Vermögenswert (Darlehensvaluta) noch in Händen hält. Dass die fahrlässige Unkenntnis des Darlehensgebers für das Insolvenzrisiko unerheblich ist, geben nämlich ebenso einschlägige Bestimmungen des Insolvenzrechts vor. Der Gesetzgeber hat mit dem IRÄG 2010 die sogenannte **Auflösungssperre** neu eingefügt (§ 25a Abs 1 IO): Wenn die Vertragsauflösung die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens gefährden könnte, können Vertragspartner mit dem Schuldner geschlossene Verträge bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Insolvenzeröffnung nur aus wichtigem Grund auflösen. Nicht als wichtiger Grund anzusehen ist dabei – wie explizit angeordnet wird –, dass sich die wirtschaftliche Situation des Schuldners verschlechtert hat. Mit dieser Bestimmung verfolgt das Gesetz den Zweck, die Chancen auf Unternehmensfortführung und -sanierung nicht von vornherein dadurch zunichtemachen zu lassen, dass der Vertragspartner die dazu notwendigen Verträge auflöst[1433]. Explizit von der Auflösungssperre **ausgenommen** sind jedoch **Ansprüche auf Auszahlung von Krediten** (Abs 2 Z 2 leg cit). Weder die Materialien[1434] noch das Schrifttum[1435] thematisieren diesen Ausnahmetatbestand besonders; als Begründung findet sich lediglich, der Kreditgeber dürfe nicht verpflichtet werden, nach Insolvenzeröffnung sein Engagement beim Schuldner zu erhöhen[1436]. Aufs erste leuchtet dieser Gedanke ohne weiteres ein, näher besehen wirft die Bestimmung jedoch einige Fragen auf. Die Materialien[1437] rechtfertigen die Auflösungssperre nämlich damit, sie sei dem Vertragspartner deswegen zumutbar, weil ihn § 1052 Satz 2

1433 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 12 f; *Nunner-Krautgasser*, Insolvenz-Forum 2009, 81 (94).

1434 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

1435 Siehe bloß *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, 23 (27); *Jelinek*, wbl 2010, 377 (385); *Kodek*, ÖBA 2010, 498 (504); *Reisenhofer*, Zak 2010, 287 (288); *Bollenberger*, Insolvenz-Forum 2010, 17 (29). Näher bislang nur *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 818 (825 ff), die allerdings den hier interessierenden Fall, dass eine Kreditierungspflicht trotz Erkennbarkeit der schlechten Vermögensverhältnisse eingegangen wurde, offensichtlich unbehandelt lassen (dazu näher sogleich im Text).

1436 Stellungnahme der WKO zum ME (12/SN-83/ME 24. GP 8); zustimmend *Nunner-Krautgasser*, Insolvenz-Forum 2009, 81 (94).

1437 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

ABGB und § 21 Abs 3 IO ohnehin von einer Vorleistungspflicht befreien, wenn er die schlechten Vermögensverhältnisse bei Vertragsabschluss nicht erkennen konnte. Ein solches Weigerungsrecht wird nun aber gleichermaßen für Ansprüche auf Auszahlung der Darlehensvaluta angenommen – sei es nach § 991 ABGB in der von der herrschenden Auffassung vertretenen Auslegung[1438] oder sei es (schon vor Inkrafttreten des Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetzes) in analoger Anwendung der allgemeinen Unsicherheitseinrede[1439]; unter diesen Umständen könnte der Darlehensnehmer die Valutierung vom Darlehensgeber ohnehin nur gegen ausreichende Sicherstellung fordern[1440]. Prima vista ist somit nicht recht einzusehen, weshalb gerade Ansprüche auf Auszahlung von Krediten von der Auflösungssperre ausgenommen sind, wo doch der Darlehensgeber auf Grund seines ohnehin bestehenden Auszahlungsverweigerungsrechts eben denselben Schutz genießt wie alle anderen Vertragspartner; ihnen mutet man die Auflösungssperre aber sehr wohl zu. Erklären lässt sich das meines Erachtens nur damit, dass es für den Darlehensgeber sogar dann unzumutbar ist, ihn an seiner Darlehenszusage festzuhalten (das heißt die Auflösungssperre anzuwenden), wenn er die schlechten Vermögensverhältnisse erkennen konnte und er daher zur Auszahlungsverweigerung nach § 991, § 1052 Satz 2 ABGB oder § 21 Abs 3 IO nicht berechtigt ist. Wenn der Gesetzgeber somit Ansprüche auf Auszahlung von Krediten von der Auflösungssperre explizit ausnimmt, findet darin meines Erachtens die Wertung Niederschlag, dass den Darlehensgeber keinesfalls – also auch nicht bei Erkennbarkeit der schlechten Vermögensverhältnisse im Zeitpunkt der Darlehenszusage[1441] – das Insolvenzrisiko treffen soll, solange er den Vermögenswert nicht aus der Hand gegeben hat. Meines Erachtens setzt also auch dieser Ausnahmetatbestand zur Auflösungssperre das Prinzip der Gläubigerprivilegierung in Notlagen um: Trotz Kreditzusage kann der Gläubiger nicht gezwungen werden, „sehenden Auges“ an einen zahlungsunfähigen Schuldner auszuzahlen.

4. Schließlich bestätigt auch ein knapper **rechtsvergleichender Blick** nach Deutschland die bisherigen Ergebnisse. Was die speziellen Bestimmungen für die Behandlung des Kreditvertrages betrifft, scheint die deutsche Rechtslage

1438 Oben S 368 f.

1439 Oben S 368 FN 1425.

1440 Deutlich in diesem Sinn auch *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 818 (827).

1441 Dieser Fall bleibt von *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 818 (827), unbehandelt: Sie gehen davon aus, dass die Kreditauszahlung bei Eintritt des Insolvenzverwalters (§ 21 Abs 1 IO) jedenfalls nur gegen Sicherstellung (§ 21 Abs 3 IO) erfolgen müsse, was aber freilich voraussetzt, dass dem Kreditgeber die schlechten Vermögensverhältnisse nicht bekannt sein mussten. Es greift daher meines Erachtens auch zu kurz, wenn der Gesetzeszweck der Ausnahme von der Auflösungssperre darin gesehen wird, zu vermeiden, dass Kreditgeber – mangels Auflösungsrechts – zu einer andauernden Bereitstellung der Valuta gezwungen wäre (*Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, aaO 825).

der heimischen (§ 991 ABGB; § 25a Abs 2 Z 2 IO) zwar nicht deckungsgleich: Sowohl im Darlehensrecht[1442] als auch im Insolvenzrecht[1443] fehlen unmittelbar vergleichbare Bestimmungen. Dennoch wird dort generell vertreten, über das Insolvenzrisiko entscheide allein der Umstand, ob das Darlehen bereits zugezählt ist oder nicht[1444]; eine weitere Kreditauszahlung könne nicht verlangt werden[1445]. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass die Forderung aus einem Darlehensversprechen weder abtretbar noch pfändbar ist[1446], sodass sie auch nicht zur Masse gehören kann[1447].

b. Verhältnis zur allgemeinen Unsicherheitseinrede

1. Gegen das hier formulierte Prinzip der Privilegierung in Notlagen liegt zuletzt noch ein Einwand nahe, der sich auf die Funktion der allgemeinen Unsicherheitseinrede gründen könnte. Wenn man nämlich – wie hier vertreten – ein allgemeines, von der Erkennbarkeit der schlechten Vermögensverhältnisse unabhängiges Notsicherungsrecht des Gläubigers bis zur Aufgabe

1442 Zwar findet sich in § 490 Abs 1 BGB eine dem § 991 ABGB auf den ersten Blick durchaus ähnliche Bestimmung: Danach kann der Darlehensgeber den Darlehensvertrag auch vor Auszahlung fristlos kündigen, wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers eine wesentliche Verschlechterung eintritt oder einzutreten droht. Nach einhelliger Ansicht ist dieses Kündigungsrecht aber jedenfalls ausgeschlossen, wenn die schlechten Vermögensverhältnisse bereits bei Vertragsabschluss bestanden oder gedroht haben (argumento: „Verschlechterung"; *Mülbert* in Staudinger, BGB [2015] § 490 Rz 23; *Berger* in MünchKomm-BGB[8] § 490 Rz 2; *Rohe* in Hau/Poseck, BeckOK-BGB[64] § 490 Rz 6). Insofern wird nach deutscher Rechtslage offensichtlich gar nicht die Frage nach dem subjektiven Moment gestellt, ob der Darlehensgeber davon wissen musste.

1443 Eine mit § 25a IO vergleichbare Auflösungssperre ist nur für Miet- und Pachtverhältnisse vorgesehen, wobei allerdings nicht auf die Gefährdung der Unternehmensfortführung abgestellt wird (§ 112 InsO). Insofern erscheint die deutsche Rechtslage nicht unmittelbar aussagekräftig.

1444 *K. Schmidt*, JZ 1976, 756 (757); weitere Hinweise oben S 324 f und S 238 FN 980.

1445 *Mülbert* in Staudinger, BGB (2015) § 488 Rz 488 f; *Obermüller/Kuder* in Gottwald/Haas, Insolvenzrecht-HB[6] § 97 Rz 36 je mit weiteren Hinweisen.

1446 *K.P. Berger* in MünchKomm-BGB[8] Vor § 488 Rz 67 (anders aber *Pamp* in Ellenberger/Bunte, Bankrechts-HB[6] § 52 Rz 16 f). Wohl nur auf den ersten Blick gelangt die in Österreich herrschende Auffassung zu abweichenden Ergebnissen. Zwar wird hierzulande der Anspruch auf Auszahlung eines bereits abgerufenen Kredits als pfändbar angesehen; bloß das Recht des Verpflichteten, in den Grenzen seines Kreditrahmens weitere Beträge abzurufen, soll unpfändbar sein (OGH 3 Ob 75/93 in SZ 66/75; RIS-Justiz RS0013529; zustimmend *Iro*, RdW 1993, 302; *Oberhammer* in Angst/Oberhammer, EO[3] § 294 Rz 15 je mit weiteren Hinweisen). Allerdings kann der Kreditgeber im Drittschuldnerprozess in der Regel zahlreiche Einwendungen gegen den Auszahlungsanspruch erheben, die vom Recht zur sofortigen Kündigung des Kredites bis zur Geltendmachung seiner Zweckgebundenheit reichen (*Weissel*, ZIK 2011, 129 [130]).

1447 *K. Schmidt*, JZ 1976, 756 (758).

der Gewahrsame anerkennt, so fragt sich, welcher Anwendungsbereich noch für die Unsicherheitseinrede (§ 1052 Satz 2 ABGB oder § 21 Abs 3 IO) verbleibt. Dieser Rechtsbehelf beziehungsweise – genauer gesagt – seine Einschränkung auf die Fälle der nicht vorwerfbaren Unkenntnis scheint nämlich **funktionslos**, sobald man einen generellen Notsicherungsbehelf des innehabenden Gläubigers bejaht. Nachdem man dem Gesetzgeber allerdings niemals unterstellen darf, unanwendbare oder sonst zwecklose Bestimmungen zu erlassen[1448], könnte man meinen, es verbiete sich, eine Privilegierung des innehabenden Gläubigers in Notlagen unabhängig davon zu bejahen, ob er bei Prüfung der Vermögensverhältnisse sorglos war.

2. Bei präziser Analyse des zuvor im Wege der Rechtsanalogie entwickelten Grundsatzes besteht jedoch keine Gefahr, dass § 1052 Satz 2 ABGB funktionslos wird. Aus den **Notsicherungsbehelfen** der erweiterten Aufrechnungslage und des Verfolgungsrechts ist nämlich bloß abzuleiten, dass dem innehabenden Gläubiger trotz des bereits fälligen Leistungs-/Herausgabeanspruchs eine insolvenzfeste Position an dem noch in seinen Händen befindlichen Vermögenswert zukommt. Der Gläubiger ist also mit der Erfüllung seiner Leistungs-/Herausgabepflicht nach wie vor in Verzug, die von ihm ausgeübte **Gewahrsame bleibt unberechtigt**. Daran ändern auch die Notsicherungsbehelfe der Aufrechnungslage und des Verfolgungsrechts nichts: Sie gewähren ihm lediglich ein bevorzugtes Befriedigungsrecht an dem noch in seiner Gewahrsame befindlichen Vermögenswert, **beseitigen aber nicht den Verzug**. Eine Ausnahme dazu bildet lediglich der Notsicherungsbehelf nach § 370 UGB, der ein echtes Zurückbehaltungs*recht* vorsieht und damit als Einrede gegen die fällige Leistungs-/Herausgabepflicht den Verzug beseitigt[1449]. Unter diesem Aspekt erweist sich § 370 UGB in der Tat als Sonderfall; er ist in diesem Umfang daher nicht Teil der für das Prinzip der Privilegierung in Notlagen herangezogenen Analogiebasis. Der Gläubiger wird somit – wie noch in anderem Zusammenhang näher zu erörtern ist[1450] – keineswegs gleich behandelt, als hätte er gar keine Vorleistungspflicht übernommen oder als stünde ihm eine Unsicherheitseinrede zu: Gegen den leistungs-/herausgabepflichtigen Gläubiger, der die Gewahrsame unberechtigt aufrecht erhält und daher vertragsbrüchig ist, kann der Schuldner den Verzugsschaden geltend machen. Das faktische Zurückhalten des Vermögenswerts eröffnet dem Insolvenzverwalter zudem die Möglichkeit, nach § 918 ABGB vom Vertrag zurückzutreten und das Erfüllungsinteresse (§ 921 ABGB) zu fordern. All diese Konsequenzen treffen den Gläubiger, der die

1448 Statt aller nur *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 444 bei FN 73, und *Koziol*, AcP 212, 1 (29: Es sollte nicht Schizophrenie als Normalzustand des Gesetzgebers unterstellt werden).
1449 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 258; *Kerschner* in Artmann, UGB³ § 369 Rz 23.
1450 Unten S 388 f.

Gewahrsame am Vermögenswert unberechtigt aufrechterhält, nach wie vor. Das Prinzip der Privilegierung in Notlagen führt lediglich zu einem bevorzugten Befriedigungsrecht am Vermögenswert.

3. Anders stellt sich die Situation für den innehabenden Gläubiger dar, wenn der Tatbestand der Unsicherheitseinrede (§ 1052 Satz 2 ABGB) erfüllt ist. Es steht ihm eine Einrede gegen den fälligen Leistungs-/Herausgabeanspruch zu; das **beseitigt** die **Rechtswidrigkeit der faktischen Zurückbehaltung**. Weder Schadenersatzansprüche noch Vertragsrücktritt sind aus dem Grund der Zurückbehaltung möglich[1451]. Liegt eine Einredelage nach § 1052 Satz 2 ABGB vor, ist der Gläubiger also wesentlich bessergestellt als in jener Situation, in der Gläubigerprivilegierung in Notlagen eingreift. Die im Vergleich gläubigerfreundlicheren Rechtsfolgen nach § 1052 Satz 2 ABGB und § 21 Abs 3 IO erscheinen ohne weiteres systemkonform, zumal dem Gläubiger in den von diesen Bestimmungen erfassten Situationen keine Sorglosigkeit vorzuwerfen ist. Evident wird damit jedenfalls, dass der engere Tatbestand der Unsicherheitseinrede (nur Fälle der nicht vorwerfbaren Unkenntnis der schlechten Vermögensverhältnisse) den innehabenden Gläubiger umfassender schützt. Der Unsicherheitseinrede kommt also ein **eigenständiger Anwendungsbereich** gegenüber dem zuvor hergeleiteten Bauprinzip der Gläubigerprivilegierung in Notlagen zu.

V. Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsausschlüsse – qualifiziert unberechtigte Gläubigergewahrsame

1. Ausgangslage

1. Wie gezeigt geht das bevorzugte Befriedigungsrecht an Vermögenswerten in Gläubigergewahrsame noch nicht allein deswegen verloren, weil den Gläubiger ein fälliger Leistungs-/Herausgabeanspruch trifft (schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame). Ist der Vermögenswert bei Insolvenzeröffnung noch Teil des schuldnerischen Haftungsfonds, steht dem innehabenden Gläubiger ein bevorzugtes Befriedigungsrecht daran zu, mag seine Gewahrsame auch (schlicht) unberechtigt sein (Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen). Betont wurde ebenso bereits[1452], dass die Rechtsordnung in verschiedenen Tatbeständen **Aufrechnung und Zurückbehaltung** explizit ausschließt. Die Verbote von Aufrechnung und Zurückbehaltung wirken in der Insolvenz fort; sie ziehen damit den **Verlust der grundsätzlich an Aufrechnung und Zurückbehaltung anknüpfenden** (§§ 19, 20 und § 10 Abs 2 IO) **insolvenzfesten Position** nach sich. Diese Rechtsfolge ist mit dem hier entwickelten Verständnis (Gläubigerprivilegie-

1451 *Spitzer/Kodek* in Kodek/Schwimann, ABGB[5] § 1052 Rz 151 ff; *Kodek*, Einrede 85 je mit weiteren Hinweisen.

1452 Oben 3. Kapitel § 5 B.I; S 329 ff mit Nachweisen.

rung infolge Dispositionsentziehung) konsistent: Nur ein Gläubiger, dessen Gewahrsame auch Dispositionsentziehung hinsichtlich des betreffenden Vermögenswerts bewirkt, darf damit rechnen, dass der Vermögenswert Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt; (erst) dieses Vertrauen rechtfertigt es, ihn aus eben diesem Vermögenswert bevorzugt zu befriedigen[1453]. Soweit die gesetzlichen Ausschlusstatbestände die mit der Gläubigergewahrsame gewöhnlich einhergehenden Wirkungen der **Dispositionsentziehung beseitigen**, muss der Gläubiger trotz Gewahrsame am Vermögenswert mit dessen „ätherischer Flüchtigkeit" (S 272) im schuldnerischen Haftungsfonds rechnen. Dies gilt – im Unterschied zur schlicht unberechtigten Gläubigergewahrsame – genauso für gleichartige wie für ungleichartige Vermögenswerte. Greift ein solcher Ausschlusstatbestand ein (**qualifiziert unberechtigte Gläubigergewahrsame**), besteht keine Rechtfertigung mehr, den innehabenden Gläubiger nach dem Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung gegenüber anderen ungesicherten Gläubigern bevorzugt zu befriedigen.

Daneben kommt allerdings wiederum eine **Privilegierung in Notlagen** in Betracht; denn sie hängt nicht davon ab, dass Dispositionsentziehung vorliegt, sie kann daher eingreifen, obwohl Aufrechnung und Zurückbehaltung gesetzlich ausgeschlossen sind. Doch auch wenn das bevorzugte Befriedigungsrecht auf einer Notlage beruht, können die gesetzlichen Ausschlusstatbestände relevant werden. Es wird deshalb zu untersuchen sein, welche der gesetzlichen Ausschlusstatbestände die als Analogiebasis dienenden Notsicherungsbehelfe (Notzurückbehaltungsrecht, erweiterte Aufrechnungsmöglichkeit, Verfolgungsrecht) außer Kraft setzen. Kommt einem Ausschlusstatbestand diese Wirkung zu, ist sodann zu prüfen, ob er wertungsmäßig auch die Situation erfasst, in der sich ein vorleistungspflichtiger Gläubiger in Verzug befindet. Ist dies der Fall, dann scheidet ein bevorzugtes Befriedigungsrecht für den Vorleistungspflichtigen nicht nur nach dem Prinzip der Privilegierung infolge Dispositionsentziehung aus, sondern ebenso nach dem Prinzip der Privilegierung in Notlagen.

2. Grob betrachtet lassen sich die gesetzlichen Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsverbote in **drei Fallgruppen** unterteilen[1454]: (i) Aufrechnung und Zurückbehaltung sind für Sachen ausgeschlossen, die eigenmächtig oder listig entzogen wurden (§ 1440 Satz 2 Fall 1 ABGB). (ii) Aufrechnung und Zurückbehaltung sind für Sachen ausgeschlossen, die aufgrund besonderen Rechtsverhältnisses (Bestandvertrag, Leihe, Verwahrung) aus der Hand gegeben wurden (§ 1109, § 1440 Satz 2 Fall 2 ABGB). (iii) Die Zurückbehaltung ist ausgeschlossen, wenn dem Gläubiger spätestens bei Übergabe eine Anwei-

1453 Oben 3. Kapitel § 4 C.III.2; insbesondere S 265 ff.
1454 Siehe bloß *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 233 ff.

sung erteilt oder von ihm eine Verpflichtung übernommen wurde, in einer bestimmten Weise mit der Sache zu verfahren (§ 369 Abs 3 UGB).

2. Eigenmächtig oder listig entzogene Sachen

1. Wie wirkt der Ausschlusstatbestand für eigenmächtig und listig entzogene Sachen (§ 1440 Satz 2 Fall 1 ABGB) auf die einzelnen Notsicherungsbehelfe? Beim **Notzurückbehaltungsrecht** ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut, dass der Ausschlusstatbestand jedenfalls eingreift: Das unternehmerische Zurückbehaltungsrecht besteht generell nur an Vermögenswerten, die „mit dem Willen des Schuldners" in Gläubigergewahrsame gekommen sind (§ 369 Abs 1 Satz 1 UGB), was man mit dem entsprechenden Ausschlusstatbestand nach § 1440 Satz 2 ABGB gleichsetzen kann[1455]. An diesem Erfordernis von § 369 UGB ändert auch § 370 UGB nichts: Eigenmächtig und listig entzogene Sachen sind ebenso vom Notretentionsrecht ausgenommen. Zum selben Ergebnis gelangt man beim Notsicherungsbehelf der **erweiterten Aufrechnungsmöglichkeiten in der Insolvenz**: Sie stehen für eigenmächtig oder listig entzogene Vermögenwerte nicht zur Verfügung; das ergibt sich zwanglos daraus, dass solche Umstände die Aufrechnung generell, also auch in der Insolvenz verbieten[1456].

Nur für den Notsicherungsbehelf des **Verfolgungsrechts** sieht das Gesetz keine derartige Ausnahme vor. Das ist aber kein belastbares Argument dafür, dass dieser Ausschlusstatbestand für die Privilegierung in Notlagen unerheblich ist. Denn § 45 IO regelt den Versendungskauf (S 243); hier ist aber kaum vorstellbar, dass der Gläubiger, das heißt der Verkäufer, einen eigenmächtig oder listig entzogenen Vermögenswert in seiner Gewahrsame hat. Es verwundert daher nicht, dass die Rechtsordnung den in dieser konkreten Situation vorgesehenen Notsicherungsbehelf nicht ausdrücklich einschränkt, dass dem Gläubiger also nicht explizit verboten ist, das Verfolgungsrecht an eigenmächtig oder listig entzogenen Sachen auszuüben.

Im Ergebnis zeigt sich damit: Liegt qualifiziert unberechtigte Gläubigergewahrsame vor, weil der Gläubiger den Vermögenswert eigenmächtig oder listig entzogen hat, ist sein **bevorzugtes Befriedigungsrecht** auch dann **ausgeschlossen**, wenn es auf dem Prinzip der **Privilegierung in Notlagen** beruht. Das ist im Gesamtsystem der insolvenzrechtlichen Zwecke konsequent. Die Fallgruppe der eigenmächtig oder listig entzogenen Sachen setzt man

1455 Dieses Tatbestandsmerkmal von § 369 UGB legt man dahin aus, dass das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen ist, wenn Sachen des Schuldners durch Eigenmacht in die Innehabung des Gläubigers gelangt sind oder wenn der diesbezügliche Wille des Schuldners nicht frei von Willensmängeln war (*Schuhmacher* in Straube/Ratka/Rauter, UGB[4] § 369 Rz 13; *Pollak* in Staub/Pisko, AHGB[3] Art 313 Rz 11 je mit weiteren Hinweisen).

1456 Oben S 329 mit Nachweisen.

gemeinhin mit dem unechten Besitzerwerb nach § 345 ABGB gleich[1457]. Dementsprechend geht die herrschende Auffassung davon aus, in solchen Konstellationen bezwecke der Zurückbehaltungsausschluss, **unerlaubte Selbsthilfe hintanzuhalten**; er soll also eigenmächtiges, den Rechtsfrieden störendes Vorgehen verhindern[1458]. Wollte man dem innehabenden Gläubiger auch bei derartiger Selbsthilfe einen Notsicherungsbehelf und damit ein bevorzugtes Befriedigungsrecht gewähren, so wäre damit sozusagen durch die Hintertür eben jene Gefahr wieder aufgeflammt, die der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gerade bannen will[1459]: Es käme zu einem **Wettlauf der Gläubiger**[1460].

2. Der Ausschlusstatbestand für eigenmächtig oder listig entzogene Sachen hebt demnach die Privilegierung in Notlagen auf; nun ist zu prüfen, ob er **im Verzug des vorleistungspflichtigen Gläubigers wertungsmäßig verwirklicht** ist. Entscheidend ist der schon angesprochene Gesetzeszweck: Da der Ausschlusstatbestand dazu dient, den Rechtsfrieden zu sichern, setzt er voraus, dass die Sache durch **Gewahrsamswechsel** (argumento: „entzogene")[1461] in die Hände des Gläubigers gelangt ist und dass Eigenmacht oder List bereits in diesem Zeitpunkt, also bei Gewahrsamswechsel vorliegt[1462]. Gerät der vorleistungspflichtige Gläubiger mit seiner Leistung in Verzug, tangiert das den Verbotszweck von § 1440 Satz 2 Fall 1 ABGB somit nicht. Zwar trifft den Gläubiger eine Herausgabe- oder Leistungspflicht, doch fehlt es an einem den Rechtsfrieden störenden Gewahrsamswechsel[1463]. Das Ver-

1457 *Ehrenzweig*, System² I/2, 296; *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 233 FN 224.

1458 Eingehend *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 233 f. Ferner *Zeiller*, Commentar IV 170; *Gschnitzer* in Klang, ABGB² VI 510; *Kodek*, Besitzstörung 333; *Dullinger*, Aufrechnung 104 f; *dieselbe* in Rummel, ABGB³ § 1440 Rz 7; OGH 3 Ob 32/89 in SZ 62/45 = JBl 1989, 529; 1 Ob 520/92 in SZ 65/21 = JBl 1992, 722.

1459 Dazu eingehend oben S 199 FN 850 mit weiteren Hinweisen.

1460 Es wäre nämlich wirkungslos, würde die Rechtsordnung den freien Wettlauf der Gläubiger bloß dadurch hintanhalten wollen, dass dem Schuldner untersagt wird, einzelne Gläubiger vorrangig zu befriedigen. Ebenso muss Vorsorge getroffen werden, dass Gläubiger keinen Vorteil erlangen können, indem sie eigenmächtig Vermögenswerte des Schuldners an sich bringen, um sich dann (etwa im Aufrechnungswege) ungekürzt Befriedung zu verschaffen.

1461 Überzeugend *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 130 f. In diesem Sinne bewertet man eine eigenmächtig zurückbehaltene Sache nach dem Erlöschen des Zurückbehaltungsrechtes nicht als eigenmächtig entzogen im Sinne von § 1440 Satz 2 ABGB; denn schon aus dem Gesetzeswortlaut folge, eine Sache sei nur dann eigenmächtig entzogen, wenn sie gegen den Willen des Schuldners in die Verfügungsgewalt des Gläubigers gelange (OGH 2 Ob 433/49 in SZ 23/167; zustimmend *Kerschner* in Artmann, UGB³ § 369 Rz 46).

1462 Überzeugend *Kodek*, Besitzstörung 334 f FN 870; anderer Ansicht offenbar *Dullinger* in Rummel, ABGB³ § 1440 Rz 13 mit weiteren Hinweisen.

1463 Daran ändert sich auch nichts, wenn man dem Gläubiger List bei Begründung der Vorleistungspflicht vorwerfen kann (etwa weil der Gläubiger von vornherein die

bot von Aufrechnung und Zurückbehaltung für eigenmächtig oder listig entzogene zwingt also nicht dazu, dem vorleistungspflichtigen Gläubiger die insolvenzfeste Position zu versagen.

3. Entlehnte, in Verwahrung oder in Bestand genommene Sachen

1. Auch mit Blick auf die zweite Fallgruppe für den Ausschluss von Aufrechnung und Zurückbehaltung – entlehnte, in Verwahrung oder in Bestand genommene Sachen (§ 1440 Satz 2 Fall 2 ABGB) – stellt sich die Frage, wie es auf einen **Notsicherungsbehelf** wirkt, wenn ein solcher Tatbestand verwirklicht ist. Die Antwort liegt hier – im Gegensatz zum eben behandelten Ausschluss für eigenmächtig oder listig entzogene Sachen – allerdings nicht unmittelbar auf der Hand:

Zunächst ist wieder das **Notzurückbehaltungsrecht** (§ 370 UGB) in den Fokus zu nehmen. Ausgangspunkt ist dabei, dass im Anwendungsbereich des unternehmerischen Zurückbehaltungsrechts (§ 369 UGB) die allgemeinen Ausschlusstatbestände nach § 1440 Satz 2 ABGB – wie ausgeführt[1464] – nach herrschender Auffassung verdrängt sind[1465]; die Zurückbehaltung nach § 369 UGB ist nur ausgeschlossen, wenn der spezielle Tatbestand von § 369 Abs 3 UGB verwirklicht ist, wenn also besondere Sachwidmung vorliegt. Dieser Ausschluss nach § 369 Abs 3 UGB entfällt seinerseits, wenn sich der Gläubiger auf das Notretentionsrecht (§ 370 UGB) beruft; das erklärt man mit der Überlegung, in der Krise sei das Sicherungsbedürfnis des Gläubigers derart schutzwürdig, dass es durchsetzbar bleiben muss, selbst wenn die Schuldnerinteressen infolge besonderer Sachwidmung besonderes Gewicht haben. Bei Notlagen im Sinne des § 370 UGB greift demnach kraft Größenschluss die Ausnahme für entlehnte, hinterlegte und in Bestand gegebene Sachen nicht ein; der Gläubiger bleibt berechtigt, die Sache zurückzubehalten.

Zum gegenteiligen Ergebnis gelangt man beim Notsicherungsbehelf der **erweiterten Aufrechnungsmöglichkeiten in der Insolvenz** (§ 19 Abs 2 Satz 1 IO analog). Hier entspricht es herrschender Auffassung[1466], dass die Aufrechnungsverbote nach § 1440 Satz 2 ABGB in der Insolvenz fortwirken.

Absicht hatte, die Vorleistungspflicht zu verletzen, und sie nur akzeptiert hat, um den Schuldner überhaupt zum Vertragsabschluss zu bewegen): Wo eine Gefährdung des Rechtsfriedens nicht in Frage steht, kann auch Arglist das Zurückbehaltungsrecht nicht ausschließen (*Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 234; zustimmend *Kodek*, Besitzstörung 595).

1464 Oben S 351 f mit Nachweisen.

1465 In dieser Allgemeinheit scheint der Standpunkt missverständlich, weil der Ausschlusstatbestand für eigenmächtig oder listig entzogene Sachen ohnehin in § 369 UGB gleichsam wiederholt wird (oben S 376 FN 1455). Es führt daher in die Irre, davon zu sprechen, dass § 1440 Satz 2 ABGB zur Gänze verdrängt ist, wenn der Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht nach § 369 UGB geltend macht.

1466 Nachweise oben S 329.

Daraus wäre zu schließen, dass dem Gläubiger kein bevorzugtes Befriedigungsrecht zukommt, wenn er eine entlehnte, hinterlegte und in Bestand gegebene Sachen in seiner Gewahrsame hat und sich auf Privilegierung in Notlagen stützt, wenn er also einen Notsicherungsbehelf geltend macht.

Die Regelung zum **Verfolgungsrecht** (§ 45 IO) hat in diesem Zusammenhang wiederum keine Aussagekraft: Beim darin geregelten Versendungskauf ist kaum die Konstellation denkbar, in der der Gläubiger (Verkäufer) die versandte Ware vom Schuldner (Käufer) entlehnt, verwahrt oder in Bestand genommen hat. Der Ausschlusstatbestand nach § 1440 Satz 2 Fall 2 ABGB kann also nicht schlagend werden. Dass das Verfolgungsrecht keinen entsprechenden Ausnahmetatbestand vorsieht, erlaubt demnach keine Rückschlüsse für das allgemeine Prinzip[1467].

2. Aus der Zusammenschau ist folgender Befund aufzustellen: Dem positiven Recht lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob die Ausschlusstatbestände nach § 1440 Satz 2 Fall 2 ABGB auch den Notsicherungsbehelfen des innehabenden Gläubigers im Wege stehen. Immerhin kann man aber auf der zweiten, hier relevanten Ebene eine Aussage treffen, nämlich zur Frage, ob ein solcher Ausschlusstatbestand **im Verzug des vorleistungspflichtigen Gläubigers** wertungsmäßig verwirklicht sein könnte. Selbst wenn man nämlich Aufrechnung und Zurückbehaltung bei entlehnten, verwahrten und in Bestand gegebenen Sachen auch in Notlagen ausschließt, lässt sich doch sagen, dass ein vorleistungspflichtiger Gläubiger davon nicht betroffen ist. Dies folgt aus dem Regelungszweck des Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsausschlusses in dieser Fallgruppe. Unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien[1468] sieht man die ratio des Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsausschlusses nach § 1440 Satz 2 Fall 2 ABGB darin, den Missbrauch des Aufrechnungs- und Retentionsrechts zu verhindern; in diesen Fällen sei „Mißbrauch geradezu als Vertrauensbruch" zu werten[1469]. Die besondere **Schwere des Vertrauensbruchs** ergebe sich aus der **besonderen Herausgabeerwartung**; der Rückforderungsgläubiger habe bei derartigen Rechtsverhältnissen typischerweise von vornherein ein Recht an der Sache[1470] und rechne überdies nicht mit Gegenansprüchen. Dementsprechend soll – e contrario – die Zurückbehaltung überall dort möglich bleiben, wo von vornhe-

1467 Vgl unmittelbar oben S 376.

1468 Herrenhausbericht 201; OGH 4 Ob 228/29 in SZ 11/150; 5 Ob 140/60 in SZ 33/55; 1 Ob 520/92 in SZ 65/21 = EvBl 1992/85; *Heidinger* in Schwimann/Kodek, ABGB[4] § 1440 Rz 5. Zur Analyse der Gesetzesmaterialien siehe näher *Dullinger*, Aufrechnung 107.

1469 Zur Entstehungsgeschichte dieser Ausnahmetatbestände detailliert *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 44.

1470 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 235. Die Annahme eines solchen Kriteriums leuchtet ohne weiteres ein, zumal der herausgabeberechtigte Verleiher, Hinterleger oder Bestandgeber typischerweise Eigentümer der Sache ist.

rein sehr wohl Ansprüche des Gläubigers, das heißt des Entlehners, Verwahrers oder Bestandnehmers zu erwarten sind[1471]. Das Schrifttum[1472] hat neben dieser besonderen Rückgabeerwartung des Herausgabeberechtigten noch weitere Momente herausgearbeitet, denen in den gesetzlich definierten Modellsituationen (Leihe, Verwahrung, Bestandvertrag) Gewicht beizumessen ist, wenn gefragt wird, ob sein Vertrauen schutzwürdig ist: So soll bedeutsam sein, dass in den genannten Rechtsverhältnissen **Gegenansprüche** des herausgabeverpflichteten Gläubigers (das heißt des Entlehners, Verwahrers oder Bestandnehmers) typischerweise nicht bestehen und daher für den herausgabeberechtigten Schuldner (= für den Verleiher, Hinterleger, Bestandgeber) **überraschend** sind[1473]. Ferner soll relevant sein, dass in der Regel eine **Wertdiskrepanz** zwischen der zurückbehaltenen Sache (etwa dem Bestandobjekt) und dem vom herausgabepflichtigen Gläubiger geltend gemachten Anspruch (etwa Aufwandersatz) besteht. Überzeugend hat man daher betont, dass allein die – grundsätzlich wohl immer bestehende – Möglichkeit des Missbrauchs noch keinen ausreichenden Grund gibt, die Zurückbehaltung auszuschließen, sondern vielmehr die Kombination der drei genannten Kriterien ein ausreichendes Gewicht erreichen muss, sodass beim herausgabeberechtigten Schuldner ein besonderes Vertrauen gestiftet wird[1474]. Damit erscheint es konsequent, wenn der Anwendungsbereich dieser Ausnahmebestimmung einerseits erweitert wird, indem unter der Tatbestandsvariante „in Verwahrung genommene Sachen“ nicht nur Verwahrungsverträge im eigentlichen Sinn (§§ 956 ff ABGB) verstanden werden, sondern generell Verträge aller Art, die ein Verwahrungselement enthalten[1475]. Genauso geboten ist es andererseits, die Bestimmung dort telelogisch zu reduzieren, wo auch im Rahmen einer Verwahrung jedenfalls mit Gegenansprüchen des herausgabepflichtigen Gläubigers zu rechnen ist[1476].

1471 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 238 ff; zustimmend *Dullinger*, Aufrechnung 111; *dieselbe* in Rummel, ABGB[3] § 1440 Rz 14; *Holly* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.04] § 1440 Rz 11/2; OGH 1 Ob 64/02x in EvBl 2002/167; 6 Ob 213/08d.

1472 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 235 f; ihm folgend *Dullinger*, Aufrechnung 108 f; *dieselbe* in Rummel, ABGB[3] § 1440 Rz 7. Im Grundsatz für den Zurückbehaltungsausschluss (nicht aber für das Aufrechnungsverbot) zustimmend auch *Iro*, ZAS 1983, 223 (224).

1473 Dies sieht etwa auch *Kodek*, Besitzstörung 339 bei und in FN 898, beim Tatbestand der Besitzentziehung durch Bittleihe nach § 345 ABGB als maßgebendes Moment an und spricht dabei die systematische Verwandtschaft zu § 1440 Satz 2 ABGB explizit an.

1474 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 235, der ausdrücklich hervorhebt, dass dabei nicht stets alle vertrauensbegründenden Momente in derselben Intensität verwirklicht sein müssen.

1475 *Dullinger*, Aufrechnung 110; *dieselbe* in Rummel, ABGB[3] § 1440 Rz 14; *Heidinger* in Schwimann/Kodek, ABGB[4] § 1440 Rz 9.

1476 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 239 f; zustimmend *Dullinger*, Aufrechnung 111 f;

3. Vor diesem Hintergrund ist zu beantworten, ob der **Verzug des vorleistungspflichtigen Gläubigers** der Fallgruppe nach § 1440 Satz 2 Fall 2 ABGB wertungsmäßig gleichzuhalten ist. Prima vista ist man womöglich geneigt, Rechtsähnlichkeit zu bejahen: Beim Prototyp des Austauschvertrages, also beim Kauf, schreibt nämlich schon das Gesetz eine den Verkäufer (hier: Gläubiger) treffende Nebenpflicht zur Verwahrung vor (§ 1061 ABGB). Es liegt nicht fern, daraus den Schluss zu ziehen, der nachleistungsberechtigte Käufer (Schuldner) habe – mangels Verpflichtung zur Zug-um-Zug-Abwicklung – gleich einem Hinterleger die besondere und schutzwürdige Erwartung, dass der als Verwahrer zu betrachtende Verkäufer (Gläubiger) ihm die Sache herausgeben oder leisten wird. Damit wäre es nach § 1440 Satz 2 ABGB ausgeschlossen, dass der vorleistungspflichtige Verkäufer, die fällige Leistung zurückhält; er verlöre sohin seine Privilegierung unter Umständen[1477] auch in Notlagen. Eine solche Sichtweise greift jedoch zu kurz. Trotz Vorleistungspflicht ist beim herausgabe-/leistungsberechtigten Schuldner nämlich kein Vertrauen anzunehmen, das den gesetzlichen Modellsituationen gleichwertig ist: (i) Der erforderlichen Rechtsähnlichkeit steht zunächst im Wege, dass dem nachleistungsberechtigten Schuldner (Käufer) hinsichtlich der erwarteten Leistung – anders als dies bei Verleiher, Hinterleger und Bestandgeber typisch ist – kein Recht an der Sache zukommt. (ii) Ferner muss der Schuldner (Käufer) – weil ein Austauschverhältnis besteht – jedenfalls mit Gegenansprüchen seines Gegenübers (= des Verkäufers) rechnen[1478]. (iii) Und schließlich wird man, zumal die Leistungen im Austauschverhältnis stehen, in der Regel keine Wertdiskrepanz feststellen können. Allein die Vorleistungspflicht verwirklicht damit meines Erachtens kein einziges der Kriterien mit hinreichendem Gewicht, die in dieser Tatbestandsvariante von § 1440 Satz 2 Fall 2 ABGB als relevant zu betrachten sind. Beim leistungs-/herausgabeberechtigten Schuldner wird man deshalb keine besondere Leistungserwartung annehmen dürfen, deren Verletzung als ein ausreichend schwerwiegender Vertrauensbruch anzusehen wäre. Da es demnach an der erforderlichen Rechtsähnlichkeit fehlt, ist dem innehabenden und vorleis-

---

dieselbe in Rummel, ABGB³ § 1440 Rz 14. Siehe auch die Nachweise oben in FN 1471.

1477 Siehe dazu die eingangs in diesem Abschnitt angestellten Überlegungen.

1478 Dass diese Gegenansprüche des Gläubigers (Verkäufers) wegen der Vorleistungspflicht in keiner Zug-um-Zug-Beziehung zum Anspruch des Schuldners (Käufers) stehen, scheint hier ohne Belang, weil die uneingeschränkte Rückgabeerwartung nicht nur in diesem Fall beeinträchtigt werden kann. Wie die Unsicherheitseinrede (§ 1052 Satz 2 ABGB) zeigt, muss der Schuldner nämlich auch bei Vorleistungspflicht des Gläubigers damit rechnen, dass es zu „irgendwelchen Komplikationen", das heißt zu „irgendwelchen die Rückgabe verzögernden Ansprüchen" (Formulierung nach *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 235 f) kommen wird. Allein das Fehlen einer Zug-um-Zug-Leistungsbeziehung infolge Vorleistungspflicht des Gläubigers begründet daher noch keine uneingeschränkte Leistungserwartung des Schuldners.

tungspflichtigen Gläubiger der Notsicherungsbehelf nicht nach § 1440 Satz 2 ABGB zu verwehren. Nach diesem Ausschlusstatbestand verliert der innehabende und vorleistungspflichtige Gläubiger die Privilegierung in Notlagen daher ebenso wenig.

4. Besondere Sachwidmung

1. Denkbar ist schließlich, den vorleistungspflichtigen Gläubiger mit jenem Gläubiger zu vergleichen, der angewiesen oder verpflichtet ist, mit der in seiner Gewahrsame befindlichen Sache in bestimmter Weise zu verfahren. Besteht eine solche besondere Sachwidmung, ist das unternehmerische Zurückbehaltungsrecht explizit ausgeschlossen (§ 369 Abs 3 UGB). Auf den ersten Blick liegt es nahe, eine ausreichende Rechtsähnlichkeit zwischen der Vereinbarung einer Vorleistungspflicht und diesem Ausschlusstatbestand anzunehmen. Allerdings hat man zutreffend betont, dass der Zurückbehaltungsausschluss nach § 369 Abs 3 UGB und damit der Verlust der insolvenzfesten Position des innehabenden Gläubigers eine besondere Qualifikation seiner Herausgabepflicht voraussetzen; es müssen also Umstände vorliegen, die das Vertrauen des Schuldners, die Leistung zu erhalten, besonders schutzwürdig erscheinen lassen[1479]. Dafür genügt keineswegs jede fällige Leistungs-/Herausgabepflicht, weil ein Zurückbehaltungsrecht überhaupt nur vorstellbar ist, wenn eine Leistungs- oder Herausgabepflicht besteht[1480]. Ließe man jede fällige Leistungs-/Herausgabepflicht für den Zurückbehaltungsausschluss nach § 369 Abs 3 UGB genügen, wäre damit dem Zurückbehaltungsrecht wohl zur Gänze der Gar ausgemacht.

2. Doch selbst wenn man eine fällige Leistungs-/Herausgabepflicht des Vorleistungspflichtigen dem Tatbestand von § 369 Abs 3 UGB gleichhalten wollte, wäre damit kein Argument für den Ausschluss von Notsicherungsbehelfen gewonnen. Die besondere Sachwidmung steht dem **Notzurückbehaltungsrecht** nämlich grundsätzlich nicht im Wege (§ 370 Abs 2 UGB). Bloß wenn dem Gläubiger die schlechten Vermögensverhältnisses des Schuldners schon im Zeitpunkt der Übernahme der Sache oder der Verpflichtung positiv bekannt waren, entfällt das Notzurückbehaltungsrecht[1481]. Bei fahrlässiger Unkenntnis bleibt der Notsicherungsbehelf also erhalten.

Die anderen Notsicherungsbehelfe (**erweiterte Aufrechnungsmöglichkeiten, Verfolgungsrecht**) sind bei besonderer Sachwidmung überhaupt nicht eingeschränkt. Im Ergebnis zeigt sich, dass die Privilegierung des innehabenden und vorleistungspflichtigen Gläubigers in Notlagen nicht verloren

1479 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 245.

1480 *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht³ III 102; *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 245 mit weiteren Hinweisen.

1481 Nachweise oben S 351 bei und in FN 1364.

geht, wenn der Ausschlusstatbestand der besonderen Sachwidmung verwirklicht ist.

VI. Ergebnisse

1. Bevorzugte Befriedigungsrechte beruhen grundsätzlich darauf, dass ein Vermögenswert durch Gläubigergewahrsame faktischen und rechtlichen Dispositionen des Schuldners entzogen ist. Das stellt sicher, dass er Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleiben wird. Damit entsteht beim innehabenden Gläubiger ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass ihm der Vermögenswert auch weiterhin als Objekt seines Befriedigungsrechts zur Verfügung steht, was seine Privilegierung in der Insolvenz rechtfertigt und gebietet. Im vorstehenden Abschnitt (3. Kapitel § 5 B) hat sich herausgestellt, dass dieses Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame zu erweitern ist. Ausgangspunkt ist dabei, dass das positive Recht bevorzugte Befriedigung unter bestimmten Umständen selbst dann gewährt, wenn den innehabenden Gläubiger im Hinblick auf den Vermögenswert eine fällige Leistungs-/Herausgabepflicht trifft, wenn also seine **Gewahrsame am Vermögenswert unberechtigt** ist. In diesen Fällen bewirkt die Gläubigergewahrsame **keine Dispositionsentziehung** (weil sie unberechtigt ist); dennoch steht dem Gläubiger **bevorzugte Befriedigung** zu.

2. Soll ein Gläubiger bevorzugte Befriedigung erhalten, obwohl seine Gewahrsame unberechtigt ist, sind weitere Voraussetzungen zu prüfen. Dabei ist unter zwei Aspekten zu **differenzieren**: (i) Zu unterscheiden ist zunächst zwischen schlicht unberechtigter Gläubigergewahrsame (fällige Leistungs-/Herausgabepflicht) und qualifiziert unberechtigter Gläubigergewahrsame (Verwirklichung eines Ausschlusstatbestandes nach § 1440 ABGB). (ii) Ferner gelten für gleichartige (aufrechenbare) und ungleichartige (nicht aufrechenbare) Vermögenswerte verschiedene Regeln. Bei Gewahrsame an **gleichartigen Vermögenswerten** schadet schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame der Dispositionsentziehung nicht: Auch ein Gläubiger, der sich in Verzug befindet, kann aufrechnen, und zwar nicht nur unmittelbar gegenüber dem Schuldner, sondern ebenso gegenüber dem Zessionar und in der Exekution gegenüber dem Überweisungsgläubiger. Trotz Verzugs ist somit Dispositionsentziehung zugunsten des Gläubigers zu bejahen, was seine insolvenzfeste Position rechtfertigt. Erst bei qualifiziert unberechtigter Gläubigergewahrsame ändert sich dies: Hier ordnet das Gesetz einen Aufrechnungsausschluss an; die Dispositionsentziehung geht verloren. Deswegen ist selbst in der Notlage (Insolvenz) bevorzugte Befriedigung im Wege der Aufrechnung nicht mehr zulässig.

3. Strenger behandelt wird der Gläubiger bei Gewahrsame an **ungleichartigen (nicht aufrechenbaren) Vermögenswerten.** Bereits schlicht unberechtigte Gläubigergewahrsame (Verzug mit einer fälligen Leistungs-/Herausga-

bepflicht) bewirkt, dass keine Dispositionsentziehung vorliegt: Der Schuldner kann zugunsten Dritter über den Vermögenswert verfügen; andere Gläubiger können exekutiv auf den Vermögenswert greifen. Grundsätzlich besteht daher trotz Gläubigergewahrsame keine insolvenzfeste Position; es ist daher konsequent, dass das Insolvenzrecht nur dann abgesonderte Befriedigung vorsieht, wenn ein „echtes" Zurückbehaltungsrecht besteht (§ 10 Abs 2 IO), wenn die Gläubigergewahrsame also nicht unberechtigt ist. Dass Aufrechnungslage und Zurückbehaltungslage in diesem Punkt (Dispositionsentziehung bei schlicht unberechtigter Gläubigergewahrsame) ungleich behandelt werden, ist damit zu erklären, dass die Ökonomie der Rechtsdurchsetzung in diesen beiden Konstellationen unterschiedlich ausgeprägt ist.

4. In verschiedenen **Notsicherungsbehelfen** sieht das positive Recht aber sogar **ohne Dispositionsentziehung** vor, dass der innehabende Gläubiger privilegiert ist. Das Notzurückbehaltungsrecht (§ 370 UGB), die erweiterten Aufrechnungsmöglichkeiten in der Insolvenz (§ 19 Abs 2 Satz 1 IO analog) und das Verfolgungsrecht (§ 45 IO) sind Ausdruck eines allgemeinen Prinzips. Danach erlaubt es ab Eintritt einer Notlage (Insolvenz) schon allein die faktische – wenn auch unberechtigte – Gläubigergewahrsame, dass der Gläubiger aus dem Vermögenswert in seinen Händen bevorzugt befriedigt wird. Seine Privilegierung setzt lediglich voraus, dass der Vermögenswert bei Eintritt der Notlage noch dem schuldnerischen Haftungsfonds zugeordnet ist und dass er sich noch in Gläubigergewahrsame befindet (**Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen**). Insbesondere ist nicht erforderlich, dass dem Gläubiger eine Unsicherheitseinrede zusteht. Ausgenommen von dieser Privilegierung sind nur Gläubiger, die eigenmächtig oder listig entzogene Vermögenswerte in ihrer Gewahrsame haben; das ist zwingend, weil andernfalls ein den Rechtsfrieden störender Wettlauf der Gläubiger nicht zu vermeiden wäre.

5. Befindet sich ein **vorleistungspflichtiger Gläubiger in Verzug** und wird der Schuldner insolvent, liegt eben jene Situation vor, die das Prinzip der Gläubigerprivilegierung in Notlagen erfasst. Aufgrund der noch ausstehenden Leistung/Herausgabe befindet sich ein vom Schuldner zu beanspruchender Vermögenswert in Gewahrsame des Gläubigers. Die Gläubigergewahrsame mag zwar (infolge Verzugs) unberechtigt sein, doch ist diese Konstellation einer eigenmächtigen oder listigen Entziehung nicht gleichzuhalten: Nur wenn ein Gewahrsamswechsel am Vermögenswert (vom Schuldner an den Gläubiger) stattgefunden hat, liegt eine relevante Störung des Rechtsfriedens vor. Im Ergebnis folgt daraus, dass der vorleistungspflichtige Gläubiger in Notlagen an dem noch in seiner Gewahrsame befindlichen Vermögenswert ein bevorzugtes Befriedigungsrecht hat.

6. Die Notsicherungsbehelfe zeigen, dass das Privatrecht die bevorzugte Befriedigung des Gläubigers nach dem Prinzip der **Gläubigerprivilegierung** in

Notlagen durchaus **in Gestalt verschiedener Rechtsfolgen** umsetzt. Beim Notzurückbehaltungsrecht ist der Gläubiger privilegiert, indem das Zurückbehaltungsrecht dem zur abgesonderten Befriedigung berechtigenden Pfandrecht gleichgestellt ist (§ 10 Abs 2 in Verbindung mit § 48 IO); die Aufrechnung führt unmittelbar zu bevorzugter Befriedigung; und das Verfolgungsrecht beschert dem Gläubiger ein Aussonderungsrecht. Gemein ist diesen Situationen, dass der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zugunsten des innehabenden Gläubigers durchbrochen ist. Ebenso lässt sich die nach diesem Prinzip gebotene Privilegierung daher erreichen, indem man dem Gläubiger gestattet, die **Gegenleistung**, die ihm für die Leistung/Herausgabe des noch in seiner Gewahrsame befindlichen Vermögenswerts gebührt, **als Masseforderung** geltend zu machen. Eben diese Rechtsfolge greift nach dem **Wortlaut von § 46 Z 4** in Verbindung mit **§ 21 IO** ein. Im Lichte der hier angestellten Überlegungen spricht somit nichts dagegen, den Vorleistungspflichtigen so wie jeden anderen Vertragspartner aus einem beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrag als Massegläubiger zu behandeln, wenn der Insolvenzverwalter nach § 21 IO die Erfüllung wählt. Mit anderen Worten: Das im Gesetz zum Ausdruck kommende Prinzip der Gläubigerprivilegierung in Notlagen verbietet es, § 46 Z 4 IO **teleologisch zu reduzieren**.

7. Ein bevorzugtes Befriedigungsrecht nach dem Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen steht dem Gläubiger ebenso zu, wenn er bei Begründung seiner Vorleistungspflicht die **schlechten Vermögensverhältnisse erkennen konnte** und er daher **keine Unsicherheitseinrede** erheben kann. Dennoch ist ein solcher Gläubiger, der in fahrlässiger Unkenntnis der schlechten Vermögensverhältnisse eine Vorleistungspflicht übernommen hat, dem sorgfältigen Gläubiger keineswegs gleichgestellt: War er bei Begründung der Vorleistungspflicht sorglos, wird er in der Insolvenz zwar privilegiert, allerdings befindet er sich dennoch in Verzug. Der Insolvenzverwalter kann daher zurücktreten (§ 918 ABGB) und es kommen Ersatzansprüche auf den Verzugs- und Nichterfüllungsschaden in Betracht. Damit bleibt der **Unsicherheitseinrede**, die nur unter der strengeren Voraussetzung der fehlenden Erkennbarkeit der schlechten Vermögensverhältnisse besteht, eine **eigenständige Funktion** erhalten.

C. Denkbare Einwände gegen die Privilegierung des Vorleistungspflichtigen

I. Einleitung

1. Die bisherige Analyse hat gezeigt, dass dem positiven Recht ein **Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen** zu entnehmen ist: Dem Gläubiger, in dessen Gewahrsame sich bei Eintritt der wirtschaftlichen Notlage des Schuldners ein vom Schuldner zu bean-

spruchender Vermögenswert befindet, steht ein **bevorzugtes Befriedigungsrecht** an diesem Vermögenswert zu. Eine Ausnahme hievon gilt, wenn der Gläubiger den Vermögenswert eigenmächtig oder listig entzogen hat. In allen anderen Fällen ist infolge der Gläubigergewahrsame der **Gleichbehandlungsgrundsatz durchbrochen**. Kehrt man gedanklich an den Ausgangspunkt der Überlegungen zurück, lassen sich nun die noch offenen Fragen lösen.

Wie der **vorleistungspflichtige Vertragspartner** zu behandeln ist, ist am Kollisionspunkt von (prozessualem) Synallagmaschutz und Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu beantworten. Grundsätzlich prävaliert in diesem Verhältnis der Gleichbehandlungsgrundsatz. Zu klären war daher, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz infolge der Gläubigergewahrsame ausnahmsweise zugunsten des Vertragspartners durchbrochen ist. Es hat sich gezeigt, dass der **Gleichbehandlungsgrundsatz** suspendiert ist, wenn der Gläubiger einen vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert bei Eintritt der Notlage noch in seiner Gewahrsame hat. Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann den **prozessualen Synallagmaschutz** somit **nicht** mehr **verdrängen**. Das bedeutet: Der beim Eintritt des Insolvenzverwalters jedenfalls zu bejahende materielle Synallagmaschutz ist damit auch auf prozessualer Ebene realisiert; dem vorleistungspflichtigen Vertragspartner steht eine **Masseforderung** auf die Gegenleistung zu.

2. Damit ist beantwortet, wie die relevanten Prinzipienkonflikte nach den gesetzlichen Wertungen aufzulösen sind; diese Ergebnisse sind nun auf die hier interessierende Situation des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts zu übertragen[1482]. Zuvor gilt es aber noch, sie anhand einiger Kontrollüberlegungen abzusichern. Dazu sollen allfällige Einwände und in Betracht kommende Konsequenzen aus allgemeinen, bislang nicht einbezogenen Rechtsgrundsätzen auf ihre Relevanz hin abgeklopft werden.

II. Kein Vorteil aus eigenem rechtswidrigen Verhalten

1. Besonders nahe liegt der Einwand, dem Gläubiger müsse man jedwedes Privileg verwehren, das aus einer Berufung auf rechtswidrige Handlungen resultiert. In der Tat lässt sich nicht bestreiten, dass ein Vorleistungspflichtiger nur deshalb den Vertragseintritt des Insolvenzverwalters (§ 21 IO) und damit die Behandlung als Massegläubiger (§ 46 Z 4 IO) herbeiführen kann, weil er sich (bei Insolvenzeröffnung) in **Verzug** befindet. Der ihm gewährte **Vorteil** der ungekürzten Befriedigung ist somit **Folge einer Vertragsverletzung**. Es überrascht nicht, dass das Schrifttum[1483] hier den allgemein geläu-

1482 Unten 3. Kapitel § 5 D; S 390 ff.

1483 *Schoditsch*, ZIK 2010, 93 (95 f); siehe auch bereits *denselben*, Eigentumsvorbehalt 111 ff; wohl zustimmend *Holzner*, JBl 2010, 674 (676). Grundsätzlich hält auch *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 110, diesen Aspekt für beachtenswert, entkräftet

figen[1484] Rechtssatz *turpitudinem suam allegans nemo audi(a)tur* zum Einsatz bringen will. Näher besehen kommt dieser Rechtsregel jedoch ursprünglich bloß ein sehr spezieller und viel engerer Anwendungsbereich zu, als es ihr weit gefasster Wortlaut vermuten lässt. Sie entstammt (erst) der mittelalterlichen Jurisprudenz[1485] und diente lediglich als Begründung dafür, dass niemand Leistungen zurückfordern kann, die er hingegeben hat, um einen unerlaubten oder unmöglichen Zweck zu bewirken (§ 1174 ABGB; § 817 Satz 2 BGB; Art 66 OR)[1486]. Eingedenk solcher dogmatisch-historischen Wurzeln ist es meines Erachtens methodisch nicht ohne weiteres zulässig, sich unmittelbar auf diesen Rechtssatz zu berufen, wenn es darum geht zu beurteilen, wie ein vorleistungspflichtiger Gläubiger zu behandeln ist.

Gleichwohl ist ein verallgemeinerungsfähiger Kern dieser Regel nicht von der Hand zu weisen, nur darf man nicht der Verlockung verfallen, den Satz wörtlich zu nehmen; dies käme einer zu wenig differenzierenden und daher unvertretbaren Interpretation gleich[1487]. Will man die Regel in eine allgemein gültige, heutiger Dogmatik gerecht werdende Formulierung gießen, wird man sie daher am ehesten im Sinne einer **Auslegungsmaxime** zu verstehen haben: Rechtsnormen darf man keinen derartigen Sinn beilegen, dass dadurch Normadressaten zu einem rechtswidrigen Verhalten verleitet oder angespornt werden[1488].

---

dieses Argument aber zugleich mit dem Hinweis, eine rechtswidrige Handlung des vorleistungspflichtigen Vertragspartners könne nicht vorliegen, weil die Leistungsverweigerung in der Krise stets möglich sei (oben S 147). Siehe ferner *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 251 f, und ihm folgend *Kerschner* in Artmann, UGB[3] § 369 Rz 5, beide allerdings außerhalb des insolvenzrechtlichen Kontextes, also lediglich bezogen auf die Anwendbarkeit des Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrechts. Zu alledem bereits im Rahmen der Darstellung des Meinungsstandes 3. Kapitel § 2 A.III; S 148 f.

1484 Bisweilen wurde er sogar als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Sinne von § 7 ABGB eingestuft (OGH 2 Ob 404/67 in EvBl 1969/156 = JBl 1969, 272).

1485 *Mayer-Maly*, Römisches Recht[2] 157.

1486 *Mayer-Maly*, Römisches Recht[2] 157; eingehend *Niederländer*, FS Gutzmiller 621 (622 ff).

1487 Anschaulich warnt davor schon *Wilburg*, Bewegliches System 9, der zu dem Resümee kommt: „Dieser Satz […] könnte wohltätig wirken, hat aber schon unheilvolle Folgen herbeigeführt. […] Dieser allzu primitive Standpunkt ist nicht geeignet, die komplizierten Fragen, in die er eingreift, gerecht zu regeln.“ Mahnend ferner etwa *F. Bydlinski*, Methodenlehre[2] 458. Die Tücken einer allzu wörtlichen und daher eindimensionalen Anwendung, zeigen sich auch in anderem insolvenzrechtlichen Zusammenhang: Nach § 12c IO scheint es dem Schuldner Vorteile zu bringen, wenn er es verweigert hat, einem Räumungstitel nachzukommen und die Räumungsexekution daher noch ausständig ist; dazu näher *Riss*, ZIK 2011, 168 (168).

1488 In diesem Sinn definiert man auch die Stoßrichtung von § 1174 ABGB, der als Uranwendungsfall dieser Rechtsregel zu betrachten ist (oben bei und in FN 1486): Der Ausschluss des bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruchs soll verhindern, dass der Leistungsempfänger zum Delikt gedrängt wird, weil er sonst das Empfan-

2. In dieser konkretisierten Formulierung vermag man die gemeinrechtliche Rechtsregel nun sinnvoll einzusetzen, um die hier interessierenden § 21 und § 46 Z 4 IO auszulegen. Ist der Vertragspartner vorleistungspflichtig, müsste demnach in der Tat allein schon dies dagegen sprechen, ihn als Massegläubiger zu behandeln: Denn jeder vorleistungspflichtige Vertragspartner, der nicht daran gedacht hat, sich eine Sicherheit bestellen zu lassen, wäre andernfalls (also bei Behandlung als Massegläubiger) in der Lage, sein Versäumnis zu sanieren, indem er die geschuldete Leistung trotz Fälligkeit vertragswidrig zurückbehält. Eine solche Auslegung zöge die Konsequenz nach sich, dass Vorleistungspflichtige zu rechtswidrigem Verhalten in Form von **Vertragsbruch geradezu angespornt** wären – ein Ergebnis, das sich nach dem zuvor definierten allgemeinen Rechtssatz verbietet.

Bei näherer Überlegung kann ein derartiger Gedankengang allerdings nicht überzeugen. Denn unberücksichtigt bleibt, dass die vertragswidrige Leistungsverweigerung für den Gläubiger keineswegs ausschließlich mit einem Vorteil verbunden ist, nämlich als Massegläubiger behandelt zu werden. Verletzt der Gläubiger seine fällige Leistungs-/Herausgabepflicht, befindet er sich – wie dargelegt – grundsätzlich[1489] in Verzug und handelt **rechtswidrig**. Da die Insolvenzeröffnung den Vertrag[1490] und im Wesentlichen auch das allgemeine Leistungsstörungsrecht[1491] unberührt lässt, kann der Insolvenzverwalter vom vorleistungspflichtigen, aber vertragsbrüchigen[1492] Vertragspartner – sofern diesem der von § 1298 ABGB geforderte Entlastungsbeweis[1493] nicht gelingt – Ersatz des **Verzugsschadens** verlangen. Hinzu kommt, dass das vertragswidrige Zurückhalten der fälligen Leistung dem Insolvenzverwalter zudem erlaubt, sich **nach § 918 ABGB** – also ohne Beru-

gene zurückstellen müsste (*Niederländer*, FS Gutzmiller 621 [622 f]; *Wilburg* in Klang, ABGB² V 464; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^1.07 § 1174 Rz 7). Vergleichbares wird für den Verbotszweck des Aufrechnungs-/Zurückbehaltungsausschlusses nach § 1440 Satz 2 ABGB vertreten (*Dullinger*, Aufrechnung 109 bei FN 25 mit weiteren Hinweisen).

1489 Dies gilt jedenfalls, soweit nicht der Notsicherungsbehelf des § 370 UGB ein „echtes“ Zurückbehaltungsrecht gewährt; vgl dazu oben S 373.

1490 Nachweise oben S 195 FN 830.

1491 Mit Blick auf das Rücktrittsrecht explizit schon § 22 CO 1868 (Vorgängerbestimmung des heutigen § 21 IO; abgedruckt etwa bei *Kepplinger*, Synallagma 13 f FN 40). Ferner *Schwarz*, Concursrecht I 81; *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 514; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 21 KO Rz 28; *Widhalm-Budak* in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 246.

1492 Diesen Gedanken betont etwa *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 136, auch konkret für den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt: Wenngleich er sachenrechtlich wirksam sei, handle der Verkäufer obligationswidrig und könne daher schadenersatzpflichtig werden. Siehe ferner oben S 21 bei und in FN 91.

1493 Zur Anwendbarkeit der Vermutungsregel bei Verzug siehe nur *P. Bydlinski* in KBB, ABGB⁷ § 918 Rz 3; *M. Gruber* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^1.06 § 918 Rz 50; OGH 7 Ob 583/92 in JBl 1993, 394; RIS-Justiz RS0031914 (T4).

fung auf § 21 IO! – **vom Vertrag zu lösen**; das ist für den Vertragspartner mit einem doppelten Nachteil verbunden: Zum einen verliert der Vertragspartner seine Ersatzansprüche nach § 21 Abs 2 IO; zum anderen droht ihm sogar, selbst auf das **Erfüllungsinteresse** (§ 921 ABGB) in Anspruch genommen zu werden. Da vor Insolvenzeröffnung keine Gewissheit besteht, ob der Insolvenzverwalter den Vertragseintritt erklärt oder beabsichtigt, sich vom Vertrag zu lösen, muss der Vertragspartner gleichermaßen mit einer Vertragsauflösung und daher mit all diesen Ansprüchen rechnen. Dass sich der Insolvenzverwalter nicht für den Eintritt, sondern für einen Rücktritt entscheidet und somit die eben angesprochenen, für den Vertragspartner negativen Konsequenzen auslöst, scheint bei Verzug des Vertragspartners sogar besonders wahrscheinlich: Da nämlich bei Rücktritt nach § 918 ABGB – wie erwähnt – der Ersatzanspruch gegen die Insolvenzmasse (§ 21 Abs 2 IO) entfällt und stattdessen (Verschulden vorausgesetzt) sogar ein Schadenersatzanspruch gegen den Vertragspartner entstehen kann (§ 921 ABGB), wird der Vertragseintritt für die Insolvenzmasse in vielen Fällen keine wirtschaftlichen Vorteile bieten; der Insolvenzverwalter wird deswegen – der Maxime der optimalen Masseverwertung verpflichtet – zumeist den Vertrag auflösen müssen. Dass der vorleistungspflichtige Vertragspartner durch Zurückhalten der fälligen Leistung sozusagen „zum Nulltarif" eine privilegierte Stellung als Massegläubiger erreichen kann, droht also nicht. Deswegen ist auch nicht anzunehmen, dass es den vorleistungspflichtigen Vertragspartner zu einem rechtswidrigen Verhalten verleitet oder anspornt, wenn man ihn infolge seines Verzugs als Massegläubiger behandelt.

3. Resümierend ist meines Erachtens festzuhalten: Ein Rekurs auf den Rechtssatz *turpitudinem suam allegans nemo audi(a)tur* liefert kein durchschlagendes Argument dagegen, den vorleistungspflichtigen Vertragspartner als Massegläubiger zu behandeln. Unbestritten ist die Auslegungsmaxime, dass Normen kein derartiger Sinn beizulegen ist, der Normadressaten zu rechtswidrigem Verhalten verleitet oder anspornt; darin liegt aber ebenso wenig ein Hindernis für die Privilegierung des vorleistungspflichtigen Vertragspartners, weil ihm das Zurückhalten der fälligen Leistung nicht nur Vorteile verschafft, sondern auch mit gravierenden Nachteilen für ihn einhergeht.

III. Kürzung der Masseforderung qua Schadenersatz

Wie eben betont ist der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz durchbrochen, wenn das Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen anzuwenden ist. Das führt aber lediglich dazu, dass der Gläubiger ein bevorzugtes Befriedigungsrecht an dem in seiner Gewahrsame befindlichen Vermögenswert erlangt. Hingegen bleibt sein Verhalten, nämlich die Verletzung der fälligen Leistungs-/Herausgabepflicht,

rechtswidrig[1494]; der Verzug bleibt trotz Notlage bestehen. Der Gläubiger hat daher alle damit verbundenen Nachteile in Kauf zu nehmen (Rücktrittsmöglichkeit des Insolvenzverwalters nach § 918 ABGB; bei Verschulden Ersatz des Verzugs- oder Nichterfüllungsschadens). Denkbar wäre ebenso, dass die Insolvenzmasse vom vertragsbrüchigen Vertragspartner qua **Schadenersatz** den Ausgleich jener Nachteile verlangt, die sich daraus ergeben, dass er infolge seines Verzugs bei Vertragseintritt nach § 21 Abs 1 IO als Massegläubiger (§ 46 Z 4 IO) zu behandeln ist. Dieser **Nachteil** lässt sich als Differenz zwischen der ungekürzten Forderung des Vertragspartners und der Insolvenzquote beziffern. Gewährt man der Insolvenzmasse einen solchen Anspruch, wäre der Vertragspartner im Ergebnis trotz formaler Behandlung als Massegläubiger genauso gestellt wie ein ungesicherter Insolvenzgläubiger.

Prima vista erscheint ein solcherart konstruierter Schadenersatzanspruch konsequent, näher betrachtet vermag er jedoch nicht zu überzeugen. Denn nach allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechts ist auf Grund eines rechtswidrigen Verhaltens nur für solche Nachteile zu haften, deren Eintritt die übertretene Verhaltensnorm gerade verhindern wollte[1495]. Der damit geforderte **Rechtswidrigkeitszusammenhang** wird in der hier vorliegenden Situation zu verneinen sein. Denn nur schwerlich lässt sich annehmen, dass die vertragliche Begründung einer Vorleistungspflicht bezweckt, die Insolvenzmasse und damit die Gläubigergemeinschaft davor zu bewahren, dass ein Vertragspartner als Massegläubiger behandelt wird. Dafür sprechen nicht nur die hier entwickelten Thesen, wonach die Rechtsordnung infolge von Gläubigergewahrsame eine privilegierte Stellung zuerkennt. Dies belegt auch ein Blick auf das Verfolgungsrecht (§ 45 IO): In der dort geregelten Situation trifft den Gläubiger (Verkäufer) eine Vorleistungspflicht[1496] und dennoch wird ihm zweifellos eine insolvenzfeste Position als Aussonderungsgläubiger zuerkannt, ohne dass für den Fall seines Verzugs Einschränkungen vorgesehen wären. Soweit überblickbar hat überdies noch niemand einen solchen Schadenersatzanspruch gegenüber dem vorleistungspflichtigen Verkäufer (Absender) auch nur in Erwägung gezogen.

D. Behandlung des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts in der Käuferinsolvenz

1. Der erste Hauptteil dieser Arbeit (2. Kapitel) hat herausgearbeitet, dass der **einseitig** bis zur Übergabe **erklärte Eigentumsvorbehalt sachenrecht-**

1494 Dazu bereits näher oben S 388 bei und in FN 1489 mit weiteren Hinweisen; insbesondere mit dem Hinweis, dass nach § 370 UGB ausnahmsweise auch die Rechtswidrigkeit der Leistungsverweigerung entfallen kann.

1495 Statt aller siehe nur *Koziol*, Haftpflichtrecht I[4] Rz C/10/26; *Karner* in KBB, ABGB[7] § 1295 Rz 9.

1496 Oben S 289 bei und in FN 1176 mit Nachweisen.

lich wirksam ist. Wirksamer Rechtserwerb setzt Verfügungsbefugnis des Veräußerers im Zeitpunkt der Übergabe voraus; der Veräußerer kann den Rechtserwerb des anderen Teils daher durch Zwischenverfügungen vor der Übergabe stets einseitig vereiteln. Aus diesem Grund darf der Erwerber trotz zustande gekommener dinglicher Einigung und Übergabe nicht darauf vertrauen, tatsächlich Eigentum zu erwerben. Da beim Erwerber schutzwürdiges Vertrauen auf den Rechtserwerb fehlt, ist es **nicht gerechtfertigt** und nicht geboten, die **dingliche Einigung mit Bindungswirkung** auszustatten; der Veräußerer kann sie daher **frei widerrufen**. Ist die dingliche Einigung über den Eigentumserwerb bereits unbedingt – also unabhängig von der vollständigen Kaufpreiszahlung – zustande gekommen, kann sie der Veräußerer demnach spätestens bis zur Übergabe zurücknehmen, indem er erklärt, Eigentum nicht oder erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung zu übertragen.

2. Der zweite Hauptteil (3. Kapitel) hat erörtert, welche **Konsequenzen** die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts **in der Käuferinsolvenz** nach sich zieht. Zu differenzieren ist dabei zwischen zwei Fallgruppen: (i) Der Kaufvertrag wird **aufgelöst**; (ii) der Kaufvertrag bleibt aufrecht. Wie schon dargelegt[1497] ist der Vorbehaltsverkäufer in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers als Eigentümer grundsätzlich zur **Aussonderung** berechtigt. Zwar kommt beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt kein Auflösungsrecht auf Verkäuferseite in Betracht[1498], allerdings kann der Insolvenzverwalter auflösen, indem er die Erfüllung ablehnt (§ 21 IO); diesfalls ist der Verkäufer ebenfalls zur Aussonderung berechtigt[1499].

3. Entscheidet sich der Insolvenzverwalter nicht für Erfüllungsablehnung, sondern tritt er in den Vertrag ein, lässt die Insolvenzeröffnung den Kaufvertrag grundsätzlich unberührt; er besteht mit seinem bisherigen Inhalt fort. Aus dem **aufrechtem Vertrag** hat die Insolvenzmasse einen **fälligen Übereignungsanspruch** gegen den Verkäufer, zumal die Eigentumsübertragung noch aussteht; gleichzeitig kann der Verkäufer eine offene **Kaufpreisforderung** gegen die Insolvenzmasse geltend machen[1500]. Für den Verkäufer ist entscheidend, ob er trotz seiner Vorleistungspflicht die Kaufpreisforderung als **Massegläubiger** nach § 46 Z 4 IO anmelden kann. Hat der Verkäufer einseitig den Eigentumsvorbehalt erklärt, ist er einem Gläubiger gleichzuhalten, der einen vom Schuldner (Käufer) zu beanspruchenden Vermögenswert (vorbehaltenes Eigentum) noch „in Händen hält". In der Regel begründet diese – in einem weiten Sinn zu verstehende (S 238 f) – **Gläubigergewahr-**

1497 Oben 3. Kapitel § 1 A; S 129 ff mit Nachweisen.
1498 Oben S 130.
1499 Oben S 129 FN 549.
1500 Mag das Zahlungsziel auch erst in der Zukunft liegen, so gilt die Forderung mit Insolvenzeröffnung dennoch als fällig (§ 14 Abs 2 IO). Dazu näher oben 3. Kapitel § 3 B; S 157 ff.

same an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert Dispositionsentziehung; das stellt sicher, dass der Vermögenswert Bestandteil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt, und rechtfertigt es damit, den innehabenden Gläubiger in der Insolvenz zu privilegieren[1501]. Da sich der Verkäufer wegen der fälligen Eigentumsverschaffungspflicht allerdings in **Verzug** befindet, ist seine Gläubigergewahrsame (schlicht) unberechtigt; sie entfaltet daher **nicht** die Wirkungen der **Dispositionsentziehung**: Der Käufer kann über den fälligen Übereignungsanspruch gegen den Verkäufer und damit über den darin liegenden Vermögenswert zugunsten Dritter verfügen (Abtretung). Ebenso kann er auf **Zustimmung zur Übereignung** an ihn selbst **klagen**[1502]; dabei wirkt bereits das stattgebende, rechtskräftige Urteil als Zustimmungserklärung (§ 367 EO) und löst so den Rechtsübergang aus[1503]. Auch können andere Gläubiger im Wege der Anspruchsexekution (§ 338 EO) exekutiv auf den vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert greifen[1504].

Somit kann der Verkäufer nicht darauf vertrauen, dass das bei ihm verbliebene Eigentum Teil des schuldnerischen Haftungsfonds bleibt und ihm daher als Objekt seines (bevorzugten) Befriedigungsrechts zur Verfügung stehen wird. Er muss vielmehr mit der „ätherischen Flüchtigkeit“ dieses Vermögenswerts und mit konkurrierenden Befriedigungsrechten anderer Gläubiger rechnen. Das Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung vermag damit nicht zu rechtfertigen, den Verkäufer in der Käuferinsolvenz zu privilegieren.

4. Wenngleich es damit nicht zulässig ist, den Verkäufer beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt aufgrund von Dispositionsentziehung zu privilegieren, kommt immer noch **Privilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen** in Betracht. Wie die Analyse verschiedener Notsicherungsbehelfe gezeigt hat, sieht das positive Recht auch ohne Dispositionsentziehung eine Privilegierung des innehabenden Gläubigers vor; Voraussetzung dafür ist nicht nur, dass (i) sich der Vermögenswert tatsächlich noch in Gläubigergewahrsame befindet – mag diese Gläubigergewahrsame auch schlicht unbe-

1501 Eingehend oben 3. Kapitel § 4 C.III.2.d; S 268 ff sowie 3. Kapitel § 4 C.III.3.a; S 276 ff.

1502 Siehe etwa *Spielbüchler*, FS 200 Jahre ABGB 1433 (1434), sowie oben S 21 FN 90 mit Nachweisen.

1503 *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB^2 IV/2, 372 und 476, *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt 106 mit weiteren Hinweisen.

1504 Dazu allgemein schon oben 3. Kapitel § 5 B.II.3.b; S 341 ff. Konkret für den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt auch *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt 110 mit weiteren Hinweisen. Wie *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit 86 FN 134, treffend ausführt, stellt es für die Anspruchsexekution Dritter (§ 338 EO) kein Hindernis dar, dass der verpflichtete Schuldner bereits im Besitz der Sache ist; dies ist beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt die Regel, weil es zur Übergabe des Vorbehaltsguts an den Schuldner/Käufer kommt.

rechtigt sein; überdies darf (ii) der Vermögenswert nicht bereits (durch Verfügungen des Schuldners oder exekutive Zugriffe anderer Gläubiger) dem schuldnerischen Haftungsfonds wirtschaftlich betrachtet verloren gegangen sein[1505]. Übertragen auf den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt bedeutet dies konkret: Dem Verkäufer muss bei Insolvenzeröffnung das vom Schuldner zu beanspruchende **Eigentum immer noch** zustehen; der Käufer darf den fälligen Übereignungsanspruch noch nicht durchgesetzt haben. Befindet sich der im Eigentumsrecht liegende und vom Käufer/Schuldner zu beanspruchende Vermögenswert noch „in den Händen" des Verkäufers/Gläubigers, greift das Prinzip der Privilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen; der Gleichbehandlungsgrundsatz ist zu Gunsten des Verkäufers/Gläubigers durchbrochen. Diese Privilegierung setzen die Notsicherungsbehelfe – wie dargelegt (S 384 f) – mit unterschiedlichen Rechtsfolgen um; beim beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrag ist dies zu erreichen, indem der Gläubiger die **Gegenleistung**, die ihm für die Leistung/Herausgabe des noch in seiner Gewahrsame befindlichen Vermögenswerts gebührt, **als Masseforderung** geltend machen kann. Für den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt folgt daraus: Aus teleologischen Überlegungen, konkret im Lichte des Prinzips der Gläubigerprivilegierung in Notlagen ist es geboten, § 46 Z 4 in Verbindung mit § 21 IO dem Wortlaut entsprechend auszulegen. Tritt der Insolvenzverwalter in den Vertrag ein und begehrt vom Verkäufer Übereignung, ist der Verkäufer mit seiner Gegenforderung auf den Kaufpreis als Massegläubiger zu behandeln. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der Verkäufer bei Begründung der Vorleistungspflicht die **schlechten Vermögensverhältnisse erkennen konnte** und ihm daher keine Unsicherheitseinrede zusteht.

1505 Oben 3. Kapitel § 5 B.IV.1; S 358 ff.

4. Kapitel

Insolvenzanfechtung

https://doi.org/10.33196/9783704674425-104

§ 1 Ausgangsüberlegungen

A. Problemstellung

1. Der erste Hauptteil (2. Kapitel) hat herausgearbeitet, dass der Veräußerer die dingliche Einigung frei widerrufen kann; der **einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt** ist daher **sachenrechtlich wirksam**. Im zweiten Hauptteil (3. Kapitel) hat sich gezeigt, dass es dem Verkäufer eine **insolvenzfeste Position** verschafft, wenn er das Eigentum – wenngleich obligationswidrig – zurückbehält. Löst der Insolvenzverwalter den Vertrag auf, ist der Verkäufer als Eigentümer zur **Aussonderung** berechtigt[1506]. Tritt der Insolvenzverwalter in den Vertrag ein, greift das Prinzip der Privilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen; das rechtfertigt es, den Verkäufer – sofern er bei Insolvenzeröffnung noch Eigentümer ist – in Durchbrechung des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes mit seiner Kaufpreisforderung als **Massegläubiger** zu behandeln (§ 46 Z 4 in Verbindung mit § 21 IO). Daran ändert sich selbst dann nichts, wenn der Verkäufer bei Begründung der Vorleistungspflicht die schlechten Vermögensverhältnisse erkennen konnte und er sich daher mangels Unsicherheitseinrede (§ 1052 Satz 2 ABGB) im Verzug befindet[1507]. Das dabei ausschlaggebende Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen ist aus den im positiven Recht vorgesehenen Notsicherungsbehelfen herzuleiten, insbesondere aus den erweiterten Aufrechnungsmöglichkeiten in der Insolvenz (§ 19 Abs 1 IO) und aus dem Verfolgungsrecht (§ 45 IO)[1508]. Die damit vorgesehene Durchbrechung der Gläubigergleichbehandlung zu Gunsten des Gläubigers kann man mit einer Art von **Aufrechnungslage** in einem weit verstandenen Sinn **vergleichen**[1509].

2. Die bisherigen Ergebnisse erlauben es allerdings noch nicht, mit Gewissheit zu sagen, ob der Verkäufer, der einseitig einen Eigentumsvorbehalt erklärt hat, in der Käuferinsolvenz tatsächlich „ungeschoren" davonkommt. Hat man nämlich die Ähnlichkeit seiner Situation zur Aufrechnungslage er-

1506 Oben S 129 FN 549.
1507 Zusammenfassend dazu siehe unmittelbar oben 3. Kapitel § 5 D; S 390 ff.
1508 Oben 3. Kapitel § 5 B.III; S 346 ff sowie 3. Kapitel § 5 B.IV.1; S 358 ff.
1509 Oben S 247.

kannt, macht das noch ein weiteres Hindernis für seine insolvenzfeste Position greifbar. Eine nach den gesetzlichen Bestimmungen (§§ 19 f IO) an sich vorgesehene Aufrechnungsmöglichkeit bedeutet nach herrschender Auffassung[1510] nämlich nicht unbedingt, dass die dadurch vom Aufrechnungsberechtigten erlangte Befriedigung in einem **Anfechtungsprozess** Bestand hat. Dass an sich insolvenzfeste Positionen vom Anfechtungsrecht bedroht sind, ist aber nicht nur für den Notsicherungsbehelf der Aufrechnungslage anerkannt; man hat auf diese Gefahr ebenso im Zusammenhang mit einem anderen Notsicherungsbehelf aufmerksam gemacht: Zum Verfolgungsrecht (§ 45 IO) hat das Schrifttum betont, dass eine Insolvenzanfechtung in Betracht kommt, die eine dem Gläubiger zunächst gewährte insolvenzfeste Position wieder beseitigen kann[1511].

Im letzten Hauptteil (4. Kapitel) ist somit nun der Frage nachzugehen, ob die (obligationswidrige) Handlung, der der Gläubiger/Verkäufer seine insolvenzfeste Position verdankt (Zurückbehaltung des Eigentums durch Vorbehaltserklärung), im Lichte der Anfechtungsnormen (§§ 27 ff IO) relevant ist und gegenüber den übrigen Gläubigern für unwirksam erklärt werden kann. Ist es möglich, im einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt eine anfechtbare Rechtshandlung auszumachen, brächte die Vorbehaltserklärung dem Verkäufer in der Käuferinsolvenz nicht den gewünschten Effekt, selbst wenn man – wie hier vertreten – den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt als sachenrechtlich wirksam ansieht und – wie ebenfalls hier vertreten – dem vorleistungspflichtigen Verkäufer eine Masseforderung auf den Kaufpreis zugesteht.

3. Die im Folgenden anzustellenden Überlegungen werden zunächst zeigen, dass mehrere Sachverhaltselemente als anfechtbare Rechtshandlung in Betracht zu ziehen sind. Im Anschluss daran ist im Einzelnen zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen der Insolvenzverwalter die jeweilige Rechtshandlung anfechten kann. Dabei können Rechtshandlungen des Gläubigers/Verkäufers[1512] ebenso wie Rechtshandlungen des Schuldners/Käufers[1513] Gegen-

1510 *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 14.4; *Astner*, Inkongruente Deckung 147 ff; *Rebernig*, ZIK 1998, 185 (185) je mit weiteren Hinweisen; OGH 1 Ob 2231/96m in SZ 69/236 = JBl 1997, 323 = ÖBA 1997, 389 = ZIK 1997, 143; 1 Ob 2297/96t; 7 Ob 2177/96i in ÖBA 1997, 548 mit Anmerkung *Koziol* = ecolex 1997, 753; 10 Ob 2342/96a; RIS-Justiz RS0064207. Anders noch die ältere Rechtsprechung: OGH 8 Ob 646/87 in EvBl 1989/41 = ÖBA 1988, 1117; 2 Ob 582/91 in ÖBA 1993, 163 = RdW 1993, 42; weitere Nachweise bei *Rebernig*, ZIK 1998, 185 (185 FN 2). Wie die nun herrschende Auffassung etwa auch *Kayser/Freudenberg* in MünchKomm-InsO[4] § 129 Rz 148, wobei nach deutscher Rechtslage schon nach dem Gesetzeswortlaut selbst (§ 96 Abs 1 Z 3 InsO) die Aufrechnung ausgeschlossen wird, wenn die Aufrechnungslage in anfechtbarer Weise herbeigeführt wurde.

1511 *U. Huber*, FS Weber 253 (262 ff).

1512 4. Kapitel § 2 B; S 407 ff.

1513 4. Kapitel § 2 C; S 426 ff.

stand der Anfechtung sein. Eingangs ist ein knapper Überblick über die allgemeinen Voraussetzungen der Anfechtung zu geben.

B. Rechtslage und Überblick

1. Die Komplexität des Anfechtungsrechts ist beinahe sprichwörtlich. Bevor man daran geht, die anfechtungsrechtliche Relevanz einzelner Sachverhaltsmomente beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt im Detail zu prüfen, ist es daher nützlich, sich seine Eckpfeiler in Erinnerung zu rufen. Rechtshandlungen, die vor der Insolvenzeröffnung vorgenommen worden sind und das Vermögen des Schuldners betreffen, können angefochten und den Insolvenzgläubigern gegenüber als unwirksam erklärt werden (§ 27 IO). **Rechtshandlung** im Sinne des Anfechtungsrechts ist jede gewollte Handlung, die rechtliche Wirkungen hervorruft[1514]; dazu zählen nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern ebenso rein tatsächliche Handlungen[1515] sowie Unterlassungen (§ 36 IO)[1516]. Allgemeine Anfechtungsvoraussetzung ist, dass die angefochtene Rechtshandlung zu einer **Benachteiligung der Gläubiger** geführt hat[1517] und die Anfechtung **befriedigungstauglich** ist, das heißt geeignet ist, die Befriedigungsaussichten der Gläubiger zu fördern[1518].

2. Wesentlich ist im gegebenen Zusammenhang, dass der Insolvenzverwalter nicht nur Rechtshandlungen des Schuldners anfechten kann; ebenso kann er Rechtshandlungen anfechten, die eine andere Person sogar gegen den Willen des Schuldners gesetzt hat[1519]. Die Insolvenzanfechtung setzt also nicht voraus, dass der Schuldner **Subjekt der anzufechtenden Rechtshandlung** ist

1514 Statt aller siehe nur *Bartsch/Pollak*, KO³ 160; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 27 KO Rz 25; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 3.2; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 57; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 27 Rz 9 je mit weiteren Hinweisen; OGH 5 Ob 649/81 in MietSlg 33.795; 10 Ob 99/02k in ZIK 2003, 70/96; RIS-Justiz RS0050539.

1515 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 27 KO Rz 26; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 3.2; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 57; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 27 Rz 10; *Kayser/Freudenberg* in Münch-Komm-InsO⁴ § 129 Rz 22 je mit weiteren Hinweisen.

1516 Siehe nur *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 27 KO Rz 27; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 3.18 ff; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 27 Rz 10. Dazu auch sogleich näher im Text.

1517 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 27 KO Rz 43 ff; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.32 ff je mit weiteren Hinweisen. Dazu sogleich näher unten S 403 mit weiteren Hinweisen.

1518 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 27 KO Rz 50 f; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 5.4. Näher dazu sogleich unten S 405 mit weiteren Hinweisen.

1519 *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 3.13; OGH 7 Ob 795/81; 1 Ob 201/01t in EvBl 2002/163 = ÖBA 2003, 456 mit Anmerkung *Bollenberger*.

(siehe auch den Wortlaut von § 27 IO)[1520]; ein solches Erfordernis stellen nur einzelne Anfechtungstatbestände auf (§§ 28, 29 Z 1 und 3, 31 Abs 1 Z 1 und 2 jeweils Fall 2 IO)[1521].

3. Bedeutsam ist ferner, dass auch **unterlassene Rechtshandlungen** Gegenstand der Insolvenzanfechtung sein können. § 36 IO[1522] erklärt Unterlassungen des Schuldners ausdrücklich zu anfechtbaren Rechtshandlungen. Voraussetzung ist, dass die genannten allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen – Rechtshandlung, Gläubigerbenachteiligung und Befriedigungstauglichkeit – vorliegen[1523]. Allerdings soll eine unterlassene Rechtshandlung nach § 36 IO nur anfechtbar sein, wenn die Unterlassung eine Willensäußerung enthält, wenn es sich also um bewusstes Unterlassen handelt[1524]. § 36 IO schafft keinen eigenen Anfechtungstatbestand, sondern stellt bloß klar, dass grundsätzlich jeder Anfechtungstatbestand nach §§ 28 bis 31 IO ebenso durch Unterlassen verwirklicht werden kann[1525]. Der Gesetzeswortlaut macht lediglich eine Einschränkung: Die Unterlassung muss einen bestimmten Erfolg herbeigeführt haben; der Schuldner hat dadurch ein Recht verloren oder er hat gegen sich selbst vermögensrechtliche Ansprüche begründet, erhalten oder gesichert. In ihren Details wird die Anfechtbarkeit von Unterlassungen

1520 *Krasnopolski*, GrünhutsZ XIV, 41 (68); *Ehrenzweig*, Kommentar 20 f; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 3.13 ff; ebenso die deutsche Rechtslage: *Kayser/Freudenberg* in MünchKomm-InsO[4] § 129 Rz 35; *Nerlich* in Nerlich/Römermann, InsO § 129 Rz 41.

1521 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 27 KO Rz 39.

1522 Gleiches gilt für die Gläubigeranfechtung nach der Exekutionsordnung (§ 438 Satz 2 EO; siehe vormals § 7 AnfO).

1523 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 36 KO Rz 1; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 36 IO Rz 2.

1524 *Ehrenzweig*, Kommentar 319; *Lehmann*, KO 200, 304 f; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 36 KO Rz 1; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 3.19 und 3.23; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 36 IO Rz 1; *Astner*, Inkongruente Deckung 59; *Kayser/Freudenberg* in MünchKomm-InsO[4] § 129 Rz 24; *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 129 Rz 12 = *Henckel*, Anfechtung § 129 Rz 12. Ebenso bereits zum AnfG 1884 (RGBl X 36), der ersten umfassenden Kodifikation des österreichischen Anfechtungsrechts: *Menzel*, Anfechtungsrecht 71 (bei FN 11), und 77; *Cosack*, Anfechtungsrecht 50 f. Anders – soweit ersichtlich – nur *Rosmarin*, Kommentar 51; differenzierend *A. Huber*, Anfechtung von Unterlassungen 26 ff, der auch die „bewusst geschehenen fahrlässigen" Unterlassungen für anfechtbar hält.

1525 *Ehrenzweig*, Kommentar 319, 323; *Bartsch/Pollak*, KO[3] § 36 Anm 7 (S 230); *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 36 KO Rz 2; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 3.20; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 36 IO Rz 3; *Weissel*, ZIK 2011, 129 (129). Vgl aber *A. Huber*, Anfechtung von Unterlassungen 76 f, der eine Anfechtung nach § 31 Fall 2 KO nur eingeschränkt für zulässig erachtet (aaO 76 FN 445 und 89 f, 91).

äußerst kontrovers diskutiert[1526]; auf einzelne dieser Streitfragen ist im Folgenden separat einzugehen.

4. Das Insolvenzrecht kennt mehrere **Anfechtungstatbestände**: die Anfechtung wegen Benachteiligungsabsicht (§ 28 Z 1 bis 3 IO) und wegen Vermögensverschleuderung (§ 28 Z 4 IO), die Anfechtung unentgeltlicher und ihnen gleichgestellter Verfügungen (§ 29 IO), die Anfechtung wegen Begünstigung (§ 30 IO) und wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 IO). Die folgenden Überlegungen beschränken sich auf zwei Unterfälle dieser Tatbestände: auf die Anfechtung wegen **objektiver Begünstigung** (§ 30 Abs 1 Z 1 IO: inkongruente Deckung) und auf die Anfechtung von **Deckungshandlungen bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit** (§ 31 Abs 1 Z 1 und 2 Fall 1 IO). Ein solcher Fokus erscheint sinnvoll und geboten, will man die hier wesentlichen Gedanken nicht in der Komplexität des Anfechtungsrechts untergehen lassen. Auch ist es legitim, das Blickfeld schon zu Beginn auf diese Weise zu reduzieren: Zum einen kommt nämlich den beiden Tatbeständen in der Praxis ganz überwiegende Bedeutung zu. Zum anderen können die anderen Anfechtungstatbestände des Insolvenzrechts – wie sogleich zu zeigen ist (S 405 ff) – in der konkret interessierenden Konstellation der Leistungsverweigerung des Vertragspartners (durch einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt) kaum schlagend werden.

1526 Siehe nur *Koziol*, Gläubigeranfechtung 95 ff; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 3.19 ff; *A. Huber*, Anfechtung von Unterlassungen (insbesondere 24 ff und 56 ff); *Klicka*, ecolex 2010, 438 (438) je mit weiteren Hinweisen.

§ 2 Anfechtbarkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts

A. Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen

1. Mit dem anfechtungsrechtlichen Grundgerüst im Hinterkopf lässt sich das weitläufige Feld, das im Folgenden zu bestellen ist, bereits etwas enger abstecken. Wie erwähnt[1527] können nicht nur Rechtshandlungen des Schuldners, sondern ebenso Rechtshandlungen der Gläubiger Gegenstand einer Insolvenzanfechtung sein. In der Situation des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts sind in der Tat **auf beiden Seiten** – sowohl beim Schuldner (Käufer) als auch beim Gläubiger (Verkäufer) – **Rechtshandlungen** auszumachen, die anfechtungsrechtlich relevant sein könnten: Eine als Anfechtungsgegenstand geeignete Rechtshandlung könnte man darin erblicken, dass es der **Verkäufer** unterlassen hat, das Eigentum obligationsgemäß zu übertragen, oder – anders (positiv) gewendet – darin, dass er vor/bei Übergabe den Vorbehalt einseitig erklärt hat. Der **Käufer** wiederum könnte dadurch eine anfechtbare Rechtshandlung gesetzt haben, dass er es unterlassen hat, seinen fälligen Übereignungsanspruch im Anschluss an die Leistungsverweigerung (durch einseitige Vorbehaltserklärung) durchzusetzen.

2. Werden diese Rechtshandlungen gegenüber Gläubigern nach § 27 IO für **unwirksam** erklärt, hat man den Verkäufer so zu behandeln, als wäre das **Eigentum an der Kaufsache** bereits auf den Schuldner **übergegangen**. Mangels vorbehaltenen Eigentums bliebe der Masse eine Belastung erspart. Damit scheint die allgemeine Anfechtungsvoraussetzung der **Gläubigerbenachteiligung** erfüllt: Sie ist dann zu bejahen, wenn entweder die angefochtene Rechtshandlung selbst oder deren Folgewirkungen den für die übrigen Gläubiger zur Verfügung stehenden Haftungsfonds verkleinert hat[1528] und es somit zu einem Befriedigungsausfall kommt[1529].

Evident ist die Gläubigerbenachteiligung beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt, wenn sich der Insolvenzverwalter für **Erfüllungsablehnung**

1527 Oben S 399 bei und in FN 1519 samt Nachweisen.
1528 *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 5.32 mit weiteren Hinweisen.
1529 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 27 KO Rz 44.

entschieden hat: Wird der Vorbehalt infolge Anfechtung für unwirksam erklärt, beseitigt dies das an sich bestehende[1530] Aussonderungsrecht des Verkäufers. Dass die Kaufsache infolge des sachenrechtlich wirksamen Vorbehalts vor der Anfechtung noch zu keinem Zeitpunkt Teil des Schuldnervermögens war, ist kein Hindernis, um einen Befriedigungsausfall anzunehmen. Ziel des Anfechtungsrechts ist nämlich nicht bloß, die Lage vor der angefochtenen Rechtshandlung wiederherzustellen, sondern die Insolvenzmasse soll in jenen Zustand versetzt werden, in dem sie sich im Zeitpunkt der Anfechtung befände, wenn die angefochtene Rechtshandlung nicht vorgenommen beziehungsweise nicht unterlassen worden wäre[1531]. Die Anfechtung erfasst also nicht nur solche Rechtshandlungen, die das Schuldnervermögen gemindert haben, sondern ebenso solche, die eine „Hintanhaltung eines Vermögenszuwachses" bewirkt haben[1532]. Der Anfechtungsanspruch umfasst daher nicht bloß dasjenige, was aus dem Vermögen des Schuldners herausgekommen ist („veräußert oder aufgegeben"), sondern auch das, was nie zu dessen Vermögen gehört hat und diesem durch die anfechtbare Rechtshandlung „entgangen" ist (§ 39 IO)[1533]. Im Wege der Anfechtung lassen sich mithin unter Umständen auch Vermögenswerte erstmalig in den Haftungsfonds einbeziehen[1534].

Gleichermaßen kann man bei **Vertragseintritt** des Insolvenzverwalters Gläubigerbenachteiligung infolge des Vorbehalts annehmen: Der Vorbehalt und die Zurückbehaltung des Eigentums stoppt den Kaufvertrag im Stadium eines beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrags im Sinne von § 21 IO; das bewirkt – wie dargelegt[1535] –, dass sich die Kaufpreisforderung des Vertragspartners (Verkäufers) von einer Insolvenzforderung zur Masseforderung (§ 46 Z 4 iVm § 21 IO) wandelt. Auch Rechtshandlungen, die eine solche Umqualifizierung von Gläubigerforderungen herbeiführen, können gläubigerbenachteiligend sein[1536].

1530 Zur grundsätzlichen Aussonderungsmöglichkeit des Vorbehaltsverkäufers oben S 129 FN 549 mit Nachweisen.

1531 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 35 KO Rz 7; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 15.9; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 39 IO Rz 1 je mit weiteren Hinweisen; OGH 7 Ob 153/04g in SZ 2004/134; 7 Ob 49/08v in ÖBA 2009, 232; RIS-Justiz RS0050372.

1532 *Denkschrift* KO 44 f.

1533 *Ehrenzweig*, Kommentar 395 und 407; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 15.9.

1534 *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 2.5 mit weiteren Hinweisen, insbesondere zum gegenteiligen Meinungsstand in Deutschland.

1535 Insbesondere oben 3. Kapitel § 5 D; S 390 ff.

1536 Dass es anfechtbar sein kann, wenn Forderungen durch unterlassene Geltendmachung ihre Qualifikation ändern, legt etwa *Bork*, FS Uhlenbruck 279 (283 f), für eine meines Erachtens vergleichbare Situation dar: Unterlässt es ein GmbH-Gesellschafter, ein der GmbH gewährtes und an sich fälliges Darlehen in der Krise geltend zu machen („Stehenlassen"), so ist dies – nach deutscher Rechtslage – als eigenkapitalersetzende Leistung zu behandeln und daher in der Insolvenz der Gesellschaft nur

3. Schließlich wird die – separat zu prüfende[1537] – **Befriedigungstauglichkeit** ebenfalls zu bejahen sein, wenn die unterlassene Eigentumsübertragung (Rechtshandlung des Verkäufers) oder die unterlassene Durchsetzung des Übereignungsanspruchs (Rechtshandlung des Käufers) Gegenstand der Anfechtung sind. Sie liegt vor, wenn die Beseitigung des Erfolges der angefochtenen Rechtshandlung die Befriedigungsaussichten der Gläubiger zu fördern imstande ist[1538], wenn also die Insolvenzmasse vergrößert, ihr Bestreben, Vermögensteile einzubeziehen, erleichtert oder ein Teilnahmeanspruch beseitigt beziehungsweise schwerer durchsetzbar wird[1539]. Behandelt man den vom Verkäufer erklärten Vorbehalt oder die vom Käufer unterlassene Durchsetzung des Übereignungsanspruchs als unwirksam (§ 27 IO), verbessert dies die Befriedigungsaussichten der Gläubiger; denn – wie eben erwähnt – ist dadurch ein Aussonderungsrecht beseitigt (bei Vertragseintritt) oder die Masseforderung des Verkäufers wird zu einer Insolvenzforderung zurückgestuft (bei Erfüllungsablehnung)[1540].

4. Die hier in den Fokus genommenen Sachverhaltsmomente des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts – Vorbehalt des Verkäufers einerseits und vom Käufer unterlassene Geltendmachung des Übereignungsanspruchs andererseits – erfüllen demnach die allgemeinen Voraussetzungen für eine Insolvenzanfechtung. Nachzugehen ist somit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Rechtshandlungen einen der **Anfechtungstatbestände** nach §§ 28 bis 31 IO verwirklichen. Wie ausgeführt werden sich die Überlegungen dabei auf die **reinen „Gläubiger"-Tatbestände** beschränken, also auf die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung (§ 30 Abs 1 Z 1 IO) und wegen Deckung bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 Abs 1 Z 1 und 2 je Fall 1 IO; in der Folge nur: § 31

nachrangig zu befriedigen (anders in Österreich: § 3 Abs 1 Z 3 EKEG). Das Stehenlassen des Darlehens führt also zur Umqualifizierung seines Rückforderungsanspruchs; in der Insolvenz des Gesellschafters liegt hierin eine anfechtbare Rechtshandlung.

1537 *Lehmann*, KO 206 und 210; *Koziol*, JBl 1982, 57 (61 ff); *Karollus*, ÖBA 1989, 34 (39 ff); *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 27 KO Rz 43; OGH 3 Ob 539/82 in JBl 1983 mit Anmerkung *Koziol* = EvBl 1983/151; 4 Ob 559/83 in SZ 57/87 = JBl 1985, 494; 1 Ob 686/88 in ÖBA 1989, 1009 mit Anmerkung *P. Doralt* = SZ 62/97; 6 Ob 590/89 in JBl 1990, 666. Anderer Ansicht noch *Ehrenzweig*, Kommentar 94, sowie zuletzt *Astner*, Inkongruente Deckung 38; relativierend auch *König/Trenker*, Anfechtung^6 Rz 5.3.

1538 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 27 KO Rz 50.

1539 *König/Trenker*, Anfechtung^6 Rz 5.4; *König*, JBl 1981, 138 (138 ff) je mit weiteren Hinweisen. Siehe ferner etwa *Astner*, Inkongruente Deckung 34.

1540 Dass man auf dieselben Umstände rekurriert, um die Anfechtungsvoraussetzung der Befriedigungstauglichkeit zu begründen, wie eben zuvor bei Prüfung der Gläubigerbenachteiligung, darf nicht verwundern: Anerkannt ist, dass sich diese beiden allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen weitgehend überlagern oder gar praktisch decken können (siehe bloß *König/Trenker*, Anfechtung^6 Rz 5.3).

Fall 1 IO). Andere Anfechtungstatbestände des Insolvenzrechts werden in der hier interessierenden Konstellation der Leistungsverweigerung des Vertragspartners (durch einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt) nämlich kaum schlagend. Die Absichtsanfechtung (§ 28 Z 1–3 IO) sowie die Anfechtung wegen subjektiver Begünstigung (§ 30 Abs 1 Z 2 und 3 IO) kann man beiseitelassen, zumal beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt kaum Konstellationen vorstellbar sind, in denen der Käufer (Schuldner) die Absicht hat, den Verkäufer zu begünstigen, indem er den eigenen Eigentumserwerb vereitelt. Läge eine solche Begünstigungsabsicht[1541] beim Käufer vor, müsste der Verkäufer den Eigentumsvorbehalt gerade nicht einseitig erklären; vielmehr käme angesichts der (Begünstigungs-)Absicht des Käufers (Schuldners) ohnehin eine entsprechende Parteienvereinbarung über den Eigentumsvorbehalt zustande[1542]. Ebenso wenig erscheint die Anfechtung wegen Vermögensverschleuderung (§ 28 Z 4 IO)[1543] sowie die Anfechtung unentgeltlicher und ihnen gleichgestellter Verfügungen (§ 29 Z 1 IO)[1544] relevant. Nicht einschlägig ist beim Vorbehalt des Verkäufers und unterlassener Geltendmachung des fälligen Übereignungsanspruchs durch den Käufer auch die Anfechtung eines

1541 Zur Absichtsanfechtung bloß *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 7.24 ff, und *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 28 KO Rz 7, sowie zur Anfechtung wegen subjektiver Begünstigung *König/Trenker*, aaO Rz 10.131 ff, und *Koziol/Bollenberger*, aaO § 30 KO Rz 45 ff.

1542 Begünstigungsabsicht des Käufers (Schuldners) ist allerdings denkbar, wenn er es unterlässt, gegen den vom Verkäufer einseitig erklärten Vorbehalt mit Leistungsklage vorzugehen (dazu unten 4. Kapitel § 2 C; S 426 ff); eine solche Unterlassung kann die genannten Tatbestände durchaus verwirklichen. Denn generell kann auch in einem Gewährenlassen von Deckungen durch Unterlassung der möglichen Abwehrmaßnahmen Begünstigungsabsicht zum Ausdruck kommen; siehe dazu – insbesondere zum vergleichbaren Fall der unterlassenen Abwehr einer Exekutionsbewilligung – *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.139, und *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 30 KO Rz 45.

1543 Hier muss die anfechtbare Handlung nämlich ein Kauf-, Tausch- oder Lieferungsvertrag sein (*König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 8.2), sodass die genannten Sachverhaltsmomente des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts unter diesem Tatbestand nicht anfechtbar erscheinen.

1544 Zwar wird durchaus diskutiert, dass auch die Gewährung einer nicht zu beanspruchenden (inkongruenten) Sicherstellung, wie sie durch den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt erfolgt (dazu sogleich unten 4. Kapitel § 2 B.III.2; S 411 ff), gleichzeitig den Tatbestand der unentgeltlichen Verfügung (§ 29 Z 1 IO) verwirklichen könnte (dazu *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 9.35; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 29 KO Rz 25 je mit weiteren Hinweisen). Allerdings ist § 29 Z 1 IO nach überzeugender Auffassung nur anzuwenden, wenn der Anfechtungsgegner (hier: der Verkäufer) überhaupt keinen Anspruch auf Befriedigung hatte (*König/Trenker*, aaO FN 1662; *Koziol/Bollenberger*, aaO; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO[2] § 29 Rz 17), was beim hier interessierenden Eigentumsvorbehalt wegen des Kaufpreiszahlungsanspruchs des Anfechtungsgegners zu verneinen ist.

nachteiligen Rechtsgeschäfts (§ 31 Abs 1 Z 1 und 2 Fall 2 IO), denn dieser Anfechtungstatbestand erfasst nur zweiseitige Rechtsgeschäfte[1545].

B. Rechtshandlungen des Verkäufers

I. Vorüberlegungen: aktives Tun und Unterlassen

Richtet man das Augenmerk zunächst auf Rechtshandlungen des Verkäufers (Gläubigers), die grundsätzlich ebenfalls anfechtbar sind (S 399 f), so kommen – wie schon angeklungen – **zwei Sachverhaltsmomente** als Anknüpfungspunkt für eine Insolvenzanfechtung in Betracht. Zum einen könnte Gegenstand der Anfechtung sein, dass der Verkäufer vor/bei Übergabe (aktiv) erklärt hat, Eigentum nicht oder erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung zu übertragen. Abstrahiert man noch ein Stück weiter, kann man ein **aktives Tun** des Verkäufers auch in dem darin liegenden und wirksamen[1546] Widerruf der dinglichen Einigung ausmachen. Zum anderen könnte ein anfechtungsrelevantes Verhalten des Verkäufers ebenso in einem **Unterlassen** liegen, nämlich in der unterbliebenen Rechtsübertragung, die er an sich aus dem Kaufvertrag schuldet. Bei abstrahierender Betrachtung kann man hierin die Weigerung sehen, die (nach Teilen der Lehre[1547] vor Übergabe noch nicht zustande gekommene) dingliche Einigung abzuschließen, was ebenfalls als anfechtbare Rechtshandlung infrage kommt.

Beide der eben genannten Anknüpfungspunkte scheinen prima vista für eine Anfechtungsprüfung gleichermaßen geeignet. Im Folgenden ist jedem von ihnen im Detail nachzugehen.

II. Unterlassung der Rechtsübertragung

1. Gemeinhin versteht man den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt als Leistungsverweigerung; der Verkäufer unterlässt es, die an sich geschuldete Rechtsübertragung vorzunehmen. Es liegt also nahe, bei Prüfung der Anfechtungsrelevanz an ein Unterlassen des Verkäufers anzuknüpfen. Versucht man, das Ziel einer Insolvenzanfechtung auf diesem Weg zu erreichen, ist man jedoch mit Hindernissen konfrontiert: Zwar normiert das Insolvenzrecht – wie schon betont – ausdrücklich, dass Rechtshandlungen im Sinne des Anfechtungsrechts auch durch Unterlassung verwirklicht sein können (§ 36 IO); die Gleichstellung von aktivem Tun und Unterlassen ist allerdings durch eine wesentliche Einschränkung relativiert, die der Gesetzeswortlaut vorgibt: An-

---

1545 Siehe bloß *Ehrenzweig*, Kommentar 275; *Lehmann*, KO 284; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 31 KO Rz 17; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 11.49.

1546 Dazu eingehend oben 2. Kapitel § 3 B.III; S 80 ff.

1547 Oben 2. Kapitel § 1 A.II; S 15 ff mit Nachweisen.

fechtbare Rechtshandlungen können **nur Unterlassungen des Schuldners** sein. Prima vista scheint es damit ausgeschlossen, die vom Verkäufer (Gläubiger) unterlassene Eigentumsübertragung anzufechten.

2. Die in § 36 IO vorgesehene Einschränkung auf Schuldnerhandlungen vermag zu überraschen, zumal das Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung – wie erwähnt[1548] – keineswegs generell verlangt, dass der Schuldner Subjekt der anzufechtenden Rechtshandlung ist; vielmehr wird eine Schuldnerhandlung nur in einzelnen Anfechtungstatbeständen gefordert (§§ 28, 29 Z 1 und 3, 31 Abs 1 Z 1 und 2 jeweils Fall 2). Damit erhebt sich die Frage, warum das Insolvenzrecht für die Anfechtung gerade in bestimmten Fällen voraussetzt, dass der Schuldner Urheber der anzufechtenden Rechtshandlung ist, in anderen aber nicht. Die Antwort auf diese Frage kann für die Auslegung von § 36 IO mit seinem restriktiv formulierten Wortlaut bedeutsam sein; denn man könnte daran zweifeln, ob es gerechtfertigt ist, dass § 36 IO die Anfechtung undifferenziert – also hinsichtlich **aller Anfechtungstatbestände** – auf Schuldnerhandlungen einschränkt.

Dass nur bestimmte Anfechtungstatbestände eine Schuldnerhandlung voraussetzen, ist mit den dem **Anfechtungsrecht** zu Grunde liegenden Gedanken zu erklären[1549]: Das Anfechtungsrecht (§§ 27 ff IO) verfolgt den **Zweck**, die Rechtsfolgen der formellen Insolvenz (Eröffnung des Insolvenzverfahrens) auf den Zeitpunkt der materiellen Insolvenz vorzuverlegen[1550]. Zum einen umfasst diese Rückwirkung die zwingende Gleichbehandlung der Gläubiger[1551]; zum anderen soll auch das Eingreifen des Insolvenzbeschlags zurückwirken, also die Beschränkung der Befugnis des Schuldners, über sein Vermögen frei zu disponieren (§ 2 Abs 2 IO)[1552]. Das Anfechtungsrecht dient

1548 Oben S 399 f bei und in FN 1519 samt Nachweisen.

1549 Dazu bereits – im Anschluss an *Koziol*, Gläubigeranfechtung 22 f – eingehend *Riss*, ÖBA 2006, 425 (435 ff mit weiteren Überlegungen); zustimmend *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 3.13 FN 391, und *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 10.

1550 Dies gilt freilich nicht uneingeschränkt, sondern nur unter Abwägung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz, also nur unter der Voraussetzung, dass der Anfechtungsgegner nicht schutzwürdig ist und es sich um Geschäfte handelt, die bedenklich und für die Gläubiger gefährlich sind. Dazu *Koziol*, Gläubigeranfechtung 23; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 27 KO Rz 8; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 307 f; siehe auch *Karollus*, ÖBA 1989, 34 (39 insbesondere FN 27), und bereits *Steinbach*, JBl 1874, 243 (245).

1551 Lange Zeit hat man dies allerdings als Rechtfertigung für alle Insolvenzanfechtungsfälle angesehen. Dazu und zum Folgenden *Koziol*, Gläubigeranfechtung 2 bei FN 7 und 21 ff mit weiteren Nachweisen, sowie sogleich im Text.

1552 Darauf weisen insbesondere *Krasnopolski*, GrünhutsZ XIV 41 (55 f), und *Steinbach*, Kommentar[3] 13, hin; diesem folgend *Ehrenzweig*, Kommentar 21 FN 8, und *Koziol*, Gläubigeranfechtung 23 f.

somit auch dem Prinzip der **Gläubigergleichbehandlung**[1553], doch lassen sich eben keineswegs alle Anfechtungstatbestände allein unter Berufung auf diesen Grundsatz begründen[1554]. Der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz kann die Wirkungen der Anfechtung nämlich dort nicht rechtfertigen, wo die Rechtshandlung bloß zu einer Schmälerung der Masse, nicht aber dazu geführt hat, dass ein potentieller Insolvenzgläubiger gegenüber den übrigen besser gestellt wurde[1555]. In manchen Fällen beruht die Anfechtung darauf, dass die Wirkungen der **Verfügungsbeschränkung** vorgezogen sind. Da sich diese Folge der Insolvenzeröffnung aber bloß auf die Verfügungsfähigkeit des Schuldners selbst bezieht, kann auch ihre Rückwirkung qua Anfechtungsrecht nur solche Rechtshandlungen erfassen, die der spätere Schuldner vorgenommen hat oder die ihm zurechenbar sind; eben deswegen setzen die darauf beruhenden Anfechtungstatbestände eine Schuldnerhandlung voraus. Hingegen trifft das Gebot der Gläubigergleichbehandlung nicht den Schuldner allein, sondern bindet ebenso die Insolvenzgläubiger im Verhältnis zueinander[1556]. Anfechtungstatbestände, denen das Gebot der Gläubigergleichbehandlung zugrunde liegt, erfordern daher keine Schuldnerhandlung[1557].

1553 Siehe nur *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 27 KO Rz 8; *König/Trenker*, Anfechtung^6 Rz 1.2.

1554 *Koziol*, Gläubigeranfechtung 21 ff; zustimmend *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 310 f. *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 27 KO Rz 9.

1555 So verletzt es den Gleichbehandlungsgrundsatz etwa nicht, wenn der spätere Schuldner in der Krise eine Bürgschaft übernimmt. Dazu *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 311; siehe auch *Koziol*, JBl 1991, 509 (509).

1556 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 27 KO Rz 8; siehe auch *Koziol*, Beeinträchtigung 168 ff. Allerdings ist zu beachten, dass eine Gleichbehandlungspflicht im eigentlichen Sinn nur den Schuldner selbst trifft; den Gläubiger trifft hingegen keine echte Rechtspflicht zur Gleichbehandlung – und zwar vor allem deswegen, weil ihm kein geeignetes Verfahren zur Verfügung steht, das ihn in die Lage versetzt, die ihm zustehende Quote festzustellen (näher dazu *Koziol*, Gläubigeranfechtung 19 mit weiteren Hinweisen; zustimmend *Astner*, Inkongruente Deckung 23 f).

1557 Deutlich in diesem Sinne bereits die Materialien zu § 6 AnfG 1884, der die Deckungsanfechtung wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit regelte (zitiert nach *Steinbach*, Kommentar^3 78): „*Ist der Anspruch der Konkursgläubiger auf gleichmäßige Befriedigung einmal entstanden, dann wird derselbe durch jede Rechtshandlung verletzt, welche einem Gläubiger eine Sicherstellung oder Befriedigung gewährt, die ihm beim Bestande des obigen Anspruchs nicht mehr hätte zukommen können. Eine solche Verletzung liegt vor, gleichviel ob die Sicherstellung oder Befriedigung durch den Schuldner* […] oder […] *auf dem Wege der Exekution ganz ohne Dazutun des Schuldners bewirkt wurde. Deshalb spricht auch der vorliegende Paragraph* [§ 6 AnfG 1884] *nur ganz allgemein von Rechtshandlungen, welche einem Gläubiger Sicherstellung oder Befriedigung gewähren, ohne die Anfechtbarkeit auf vom Schuldner vorgenommene Rechtshandlungen zu beschränken.*“

3. Wendet man den Blick nun der Anfechtung von **Unterlassungen** zu, treten Zweifel daran auf, ob es systemkonform ist, dass der Wortlaut von § 36 IO die Anfechtungsmöglichkeit generell auf Schuldnerhandlungen einschränkt. Da diese Bestimmung nach herrschender Auffassung auf sämtliche Anfechtungstatbestände anzuwenden ist[1558], bezweckt die Anfechtung von Unterlassungen zumindest in einigen Fällen ebenfalls, das Gebot der **Gläubigergleichbehandlung zu verwirklichen**; davon ist aber nicht bloß der Schuldner tangiert, sondern ebenso die Gläubiger in ihrem Verhältnis untereinander. Weshalb das Insolvenzrecht die Anfechtung von Unterlassungen auf Schuldnerhandlungen eingeschränkt, ist prima vista nicht erkennbar; die Parallelbestimmung des deutschen Anfechtungsrechts (§ 129 Abs 2 InsO) sieht im Übrigen keine solche Einschränkung vor[1559]. Damit fällt es schwer zu begründen, dass § 36 IO ein Schuldnerunterlassen auch für jene Anfechtungstatbestände voraussetzt, die (nur) auf Gläubigergleichbehandlung abzielen.

Dennoch sollte man meines Erachtens zögern, den eindeutigen Wortlaut von § 36 IO im Wege teleologischer Reduktion zu korrigieren. Denn weder die anfechtungsrechtlichen Normen im Allgemeinen[1560] noch die Anfechtung von Unterlassungen im Besonderen[1561] sind dogmatisch hinreichend durchdrungen und in ihrer Struktur aufbereitet. Verbleiben derartige Unsicherheiten, mahnt dies den Rechtsanwender, stets besondere Umsicht walten zu lassen, wenn er sich auf teleologische und systematische Überlegungen beruft; gerade bei nicht erkennbaren, unklaren oder gar fehlenden Wertungsprinzipien besteht die eminente Gefahr, den gesetzgeberischen Willen zu verfehlen, sobald man sich vom Wortlaut der Bestimmung entfernt[1562]. Angesichts solcher dogmatischen Unwägbarkeiten kann man die dargelegten systematischen Bedenken gegen den eng formulierten Tatbestand von § 36 IO meines Erachtens nicht als gewichtig genug einstufen, um damit ein Abgehen vom Gesetzeswortlaut zu befürworten. Da die systematischen Überlegungen demnach nicht mit der notwendigen Gewissheit prävalieren, erscheint es

1558 Nachweise oben S 400 FN 1525.

1559 Im deutschen Schrifttum räumt man allerdings ein, dass praktisch nur Unterlassungen des Schuldners, nicht aber Unterlassungen Dritter die Gläubiger benachteiligen können (*Kayser/Freudenberg* in MünchKomm-InsO[4] § 129 Rz 29 mit weiteren Nachweisen). Das Anfechtungsrecht der (durch die deutsche Insolvenzordnung mittlerweile abgelösten) deutschen Konkursordnung 1877 hat Unterlassungen nicht ausdrücklich einbezogen, dennoch haben Rechtsprechung und Schrifttum Unterlassungen positiven Handlungen gleichgestellt (*Jaeger/Henckel*, KO[9] § 29 Rz 5 mit weiteren Hinweisen; *Nerlich* in Nerlich/Römermann, InsO § 129 Rz 36; anders noch die Materialien: *Motive* KO 115 f = *Hahn*, Materialien 125 f).

1560 Siehe bloß *Koziol*, Gläubigeranfechtung 2 f; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 2.1 mit weiteren Hinweisen auf den überaus uneinheitlichen Meinungsstand zur Frage nach Natur und Inhalt des Anfechtungsanspruchs.

1561 Siehe etwa nur *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 3.18.

1562 Siehe bereits die Nachweise aus der Rechtsprechung oben S 155 FN 654.

nicht zulässig, den Anwendungsbereich von § 36 IO zu erweitern und das aufgestellte Erfordernis einer Schuldnerunterlassung nur für jene Anfechtungstatbestände zu verlangen, die auch sonst eine Schuldnerhandlung voraussetzen[1563].

4. Im Ergebnis ist es damit meines Erachtens **nicht erfolgversprechend**, an die vom Verkäufer (Gläubiger) unterlassene Rechtsübertragung oder an seine Weigerung zur dinglichen Einigung anzuknüpfen, um die Folgen des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts nach den Regeln der Insolvenzanfechtung zu beseitigen.

III. Vorbehaltserklärung/Widerruf der dinglichen Einigung

1. Anfechtbare Rechtshandlung

Neben der eben behandelten – und als Anfechtungsgegenstand meines Erachtens untauglichen – Unterlassung kommt noch ein anderes Sachverhaltsmoment auf Verkäufer-/Gläubigerseite in Betracht, das als Rechtshandlung im Sinne des § 27 IO und als Anknüpfungspunkt für eine Anfechtung dienen könnte. Beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt kann man nämlich auch ein **positives Tun** des Verkäufers ausmachen: Der Verkäufer gibt vor/bei Übergabe notwendig die **Erklärung** ab, Eigentum nicht oder erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung zu übertragen; abstrahierend betrachtet liegt hierin der zulässige[1564] **Widerruf** der (nach Teilen der Lehre[1565] bereits zuvor zustande gekommenen) dinglichen Einigung. Beides ist positives Tun des Verkäufers. Damit ist eine Rechtshandlung gefunden, die die allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen erfüllt und als Anfechtungsgegenstand taugt.

2. Anfechtung wegen objektiver Begünstigung

a. Anfechtungstatbestand

Sind demnach die allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen erfüllt, ist zu prüfen, welcher konkrete Anfechtungstatbestand verwirklicht ist. Als Ausgangspunkt bietet sich die Anfechtung wegen Begünstigung (§ 30 IO) an. Die hier allein interessierende[1566] objektive Begünstigung liegt vor, wenn der Gläubiger in der kritischen Zeit eine Sicherstellung oder Befriedigung erlangt, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht in der Zeit zu beanspru-

1563 In diesem Sinne bereits *Riss*, ÖBA 2006, 425 (437).
1564 Dazu eingehend oben 2. Kapitel § 3 B.III; S 80 ff.
1565 Zum Meinungsstand oben 2. Kapitel § 1 A.I; S 11 ff mit Nachweisen.
1566 Dazu und zur allenfalls denkbaren subjektiven Begünstigung oben S 406 bei und in FN 1542.

chen hatte (Abs 1 Z 1; **inkongruente Deckung**[1567]). Entscheidend ist also, ob dem Gläubiger (Anfechtungsgegner) schon vor der kritischen Zeit ein durch Gesetz oder Vertrag begründeter und klagbarer Anspruch auf die danach erlangte Deckung zustand oder nicht[1568]. Erlangt ein Gläubiger Deckung, ohne darauf Anspruch gehabt zu haben (Inkongruenz), geht das Anfechtungsrecht davon aus, dass er schon angesichts dieser objektiv auffälligen Tatsache hätte Verdacht schöpfen müssen und dass er daher – ohne dass subjektive Voraussetzungen zu prüfen wären – nicht schutzwürdig ist; das rechtfertigt es, seine Deckung im Wege der Anfechtung für unwirksam zu erklären[1569]. Da dieser Anfechtungstatbestand auf dem Gleichbehandlungsgebot beruht[1570], das nicht nur den Schuldner, sondern alle Gläubiger trifft, muss die Deckung – wie schon betont – nicht aus einer Rechtshandlung des Schuldners (Käufers) resultieren[1571]. Die Anfechtung nach diesem Tatbestand scheitert also nicht daran, dass der Verkäufer (Gläubiger/Anfechtungsgegner) Urheber der angefochtenen Vorbehaltserklärung ist.

Prüft man die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen, ist es notwendig, zwischen den beiden denkbaren Handlungsalternativen des Insolvenzverwalters zu unterscheiden: Da die einseitige Vorbehaltserklärung – nach der hier vertretenen Auffassung[1572] – sachenrechtlich wirksam ist, liegt bei Insolvenzeröffnung ein beidseitig nicht vollständig erfüllter Vertrag im Sinne

1567 Zu den historischen Wurzeln dieser Begrifflichkeit *Astner*, Inkongruente Deckung 43 mit weiteren Hinweisen.

1568 *Ehrenzweig*, Kommentar 247; *Lehmann*, KO 267 f; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.85/1 f; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 139; *Astner*, Inkongruente Deckung 44; OGH 6 Ob 32/98v in SZ 71/74; RIS-Justiz RS0110009.

1569 *Ehrenzweig*, Kommentar 239; *Koziol*, Gläubigeranfechtung 87; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 30 KO Rz 18; *Astner*, Inkongruente Deckung 49 ff. Dass man im Rahmen der Anfechtung zu berücksichtigen hat, ob der Anfechtungsgegner schutzwürdig ist, ist in Verkehrsschutzüberlegungen begründet: Die das Gleichbehandlungsgebot auslösende materielle Insolvenz (oben S 408 f mit weiteren Hinweisen) kann im Gegensatz zur formellen Insolvenz nicht publik gemacht werden; die Insolvenzwirkungen sollen daher nicht allein deswegen eintreten, weil der objektive Tatbestand verwirklicht ist, sondern erst dann, wenn der Anfechtungsgegner die Krise kennt oder kennen müsste (*Henckel*, Anfechtung § 130 Rz 8 = *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 130 Rz 8).

1570 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 30 KO Rz 1; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.1; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 1; *Astner*, Inkongruente Deckung 22 ff. Zum Zusammenhang zwischen dem Regelungszweck des konkreten Anfechtungstatbestandes und der Eingrenzung des Subjekts der Rechtshandlung eingehend oben S 408 ff.

1571 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 30 KO Rz 10; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.30 f; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 18; *Astner*, Inkongruente Deckung 60 f; *U. Huber*, FS Weber 253 (267); OGH 1 Ob 201/01t in SZ 2002/56 = EvBl 2002/163 = ÖBA 2003, 456 mit Anmerkung *Bollenberger*.

1572 Dazu oben 2. Kapitel § 3 B.III; S 80 ff.

von § 21 IO vor; der Insolvenzverwalter kann daher entweder die weitere Erfüllung ablehnen (sogleich Pkt b) oder den Vertragseintritt wählen (unten Pkt c).

b. Gläubigerdeckung bei Erfüllungsablehnung

1. Bei Erfüllungsablehnung kommt dem Verkäufer, der sich einseitig (und sachenrechtlich wirksam) das Eigentum vorbehalten hat, ein **Aussonderungsrecht** an der Kaufsache zu[1573]. Die Vorbehaltserklärung ist also eine Rechtshandlung, die dem Verkäufer eine Aussonderungsmöglichkeit hinsichtlich der Kaufsache verschafft, die sonst nicht bestanden hätte. Dass er die Stellung als Aussonderungsgläubiger erlangt, ist als **Sicherstellung**[1574] **eines Gläubigers**[1575] im Sinne von § 30 IO zu bewerten[1576]. Gleiches bejaht man explizit für den vergleichbaren Fall, dass der Verkäufer beim Versendungskauf im Rahmen seines Absenderverfügungsrechts (§ 433 UGB) den Transporteur anweist, die Ware nicht auszuliefern[1577]: Indem der Verkäufer/Gläubiger die (mittelbare) Gewahrsame an einem vom Käufer/Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert[1578] fortgesetzt ausübt, erhält er sein Verfolgungsrecht (§ 45 IO) aufrecht und bewahrt sich damit die Aussonderungsmöglichkeit; man sieht darin überzeugend eine Sicherstellung im Sinne des Anfechtungsrechts[1579].

2. Auch ist **Inkongruenz** der Deckung zu bejahen: Hätten die Kaufvertragsparteien gleichzeitig mit Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts (Kaufvertrag)

1573 Zur grundsätzlichen Aussonderungsmöglichkeit des Vorbehaltsverkäufers oben S 129 FN 549 mit Nachweisen.

1574 Dass der Gegenstand des Aussonderungsrechts (= die Kaufsache) bislang (noch) nicht Teil des Schuldnervermögens war, steht einer Gläubigerdeckung durch diesen Vermögenswert nicht im Wege: Wie schon betont (S 404), kann die Anfechtung nämlich ebenso darauf gerichtet sein, Vermögenswerte erstmalig in den Haftungsfonds zu ziehen, wenn sie dem Schuldnervermögen infolge einer anfechtbaren Rechtshandlung „entgangen" sind (vgl § 39 IO).

1575 Für das *Erfordernis der Gläubigerstellung* ist der Zeitpunkt der Deckungshandlung maßgebend; zu prüfen ist, ob der andere Teil ohne die Deckungshandlung bloß eine Insolvenzforderung hätte geltend machen können (siehe nur *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.2, und *Astner*, Inkongruente Deckung 74). Der Verkäufer, der einseitig den Vorbehalt erklärt hat, ist daher ein Gläubiger, der Deckung erlangt hat.

1576 Vgl nur *Astner*, Inkongruente Deckung 216, im Zusammenhang mit Absonderungsrechten auf Grund eines Zurückbehaltungsrechts.

1577 Dazu eingehend oben 3. Kapitel § 4 C.III.3.d; insbesondere S 286 bei und in FN 1165.

1578 Die Ausübung des Absenderverfügungsrechts ist der Aufrechterhaltung einer „verlängerten" Gläubigergewahrsame gleichzuhalten (dazu oben S 287 FN 1167). Die Gläubigergewahrsame rechtfertigt seine Privilegierung in der Insolvenz (zum Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen oben 3. Kapitel § 5 B.III; S 346 ff; sowie 3. Kapitel § 5 B.IV.1; S 358 ff).

1579 *U. Huber*, FS Weber 253 (262 ff).

den Eigentumsvorbehalt vereinbart, schlösse das die Anfechtung aus, weil der andere Teil (Verkäufer) zugleich mit seiner Leistung die Sicherstellung bedungen hätte; damit läge kongruente Deckung vor[1580]. Ist hingegen bereits ein Kaufvertrag mit Vorleistungspflicht des Verkäufers (Kreditkauf) zustande gekommen und erklärt der Verkäufer erst in der Folge (innerhalb der kritischen Frist) einseitig den Eigentumsvorbehalt, erlangt er damit eine inkongruente Deckung; dasselbe gilt im Übrigen, wenn Käufer und Verkäufer nachträglich (innerhalb der kritischen Frist) den Eigentumsvorbehalt vereinbaren. In diesen Situationen ist der Verkäufer wegen seiner Vorleistungspflicht bereits Gläubiger[1581] in dem Zeitpunkt, in dem seine Sicherstellung vorgenommen wird[1582]. Da der Verkäufer nach dem Kaufvertrag zur Vorleistung verpflichtet war, hat er durch den einseitig erklärten Vorbehalt ein Aussonderungsrecht und damit eine Deckung erlangt, „die er nicht [...] zu beanspruchen hatte“ (§ 30 Abs 1 Z 1 IO), die also von seiner materiellen Berechtigung abweicht[1583]. Der dadurch gedeckte Gläubiger (Verkäufer) hat daher Grund, Verdacht zu schöpfen, weshalb er nicht schutzwürdig erscheint und seine Deckung anfechtbar ist.

3. Auf diesem Argumentationsweg gibt jedoch ein Seitenblick auf § 370 UGB Anlass kurz innezuhalten. Danach steht dem Gläubiger mit Eintritt der Notlage und unabhängig von der Fälligkeit seiner Forderung ein echtes **Notzurückbehaltungsrecht** zu, was zu Gläubigerprivilegierung in Form eines **Absonderungsrechts** führt (§ 10 Abs 2 IO)[1584]. Es scheint daher nicht abwegig anzunehmen, dass ein Gläubiger (Verkäufer), der die Leistung im Wege des Vorbehalts verweigert, diesfalls – also in einer Notlage – seine insolvenzfeste Position durch eine ihm nach dem Gesetz offenstehende Zurückbehaltung erlangt; die sich daraus ergebende Sicherstellung hätte er dem-

1580 Siehe nur *Koziol*, Gläubigeranfechtung 87; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 30 KO Rz 14. Konstruktiv anders *Astner*, Inkongruente Deckung 211 f, der in einer solchen Konstellation bereits die Gläubigerstellung verneint. Dies überzeugt meines Erachtens aber nicht, weil den anderen Teil (Verkäufer) ohne Vorbehaltsabrede aus dem Kreditkaufvertrag eine unbedingte Vorleistungspflicht träfe, sodass er sehr wohl als Gläubiger zu behandeln ist.

1581 Zur Gläubigerstellung als Voraussetzung der Deckungsanfechtung siehe nur *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 30 KO Rz 13 und § 31 KO Rz 8 ff; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.2 ff sowie Rz 11.36; *Astner*, Inkongruente Deckung 74 ff.

1582 Anders offensichtlich *Astner*, Inkongruente Deckung 122, der sowohl für den nachträglich vereinbarten als auch für den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt von einem Zug-um-Zug-Geschäft ausgeht, das der Anfechtung entzogen ist. Sofern man den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt – entgegen der hier entwickelten Auffassung – als sachenrechtlich unwirksam ansieht, scheidet eine Anfechtung von vornherein aus, weil die Anfechtung eines unwirksamen Rechtsgeschäfts mangels Nachteiligkeit nicht möglich ist (*Astner*, Inkongruente Deckung 212).

1583 *Astner*, Inkongruente Deckung 43.

1584 Dazu näher oben 3. Kapitel § 5 B.III.3; S 350 f.

nach beanspruchen dürfen, sodass seine Deckung sehr wohl als kongruent zu betrachten wäre. Da die dem Notzurückbehaltungsrecht zugrunde liegende Wertung verallgemeinerungsfähig erscheint[1585], könnte weiter argumentiert werden, in einer Notlage sei das Zurückhalten eines vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswerts trotz fälliger Leistungs-/Herausgabepflicht generell zulässig[1586]. Oder noch allgemeiner: Erlangt ein Gläubiger Sicherstellung, dem das positive Recht einen Notsicherungsbehelf zur Hand gibt,[1587] ist seine Sicherstellung vom Gesetz selbst vorgesehen und daher liegt kongruente Deckung vor. Für eine derartige Sichtweise könnte ferner sprechen, dass man allgemein den Rechtssatz formuliert hat, gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrechte begründen einen materiellen Sicherstellungsanspruch, was dadurch vorgenommene Sicherungen kongruent erscheinen lasse[1588].

Eine solche Schlussfolgerung greift jedoch zu kurz. Zutreffend hat man nämlich darauf hingewiesen, allein der Umstand, dass das positive Recht unter bestimmten Voraussetzungen ein Pfand-/Zurückbehaltungsrecht gewährt und damit eine Sicherstellung vorsieht, verschaffe dem Gläubiger noch **keinen Anspruch** darauf, dass auch die **Voraussetzungen für das Entstehen dieses Sicherungsrechts geschaffen werden**[1589]. Somit kann nach überzeugender Auffassung[1590] auch die Sicherstellung durch gesetzliche Pfand-/Zu-

1585 Eingehend oben S 352 f.

1586 Vgl allerdings die Bedenken gegen eine solche Schlussfolgerung bereits oben S 372 ff.

1587 Darunter sind situationsabhängige Privilegierungen des innehabenden Gläubigers zu verstehen, wie sie im Notzurückbehaltungsrecht (§ 370 UGB), in der erweiterten Aufrechnungsmöglichkeit in der Insolvenz (§ 19 Abs 2 Satz 1 IO analog) sowie im Verfolgungsrecht (§ 45 IO) vorgesehen sind. Eingehend dazu oben 3. Kapitel § 5 B.III; S 346 ff.

1588 *Ehrenzweig*, Kommentar 248 f; *Petschek/Reimer/Schiemer* Insolvenzrecht 330; OGH 1 Ob 587/85 in JBl 1986, 394 mit Anmerkung *König*; RIS-Justiz RS0064512. Differenzierend *Henckel*, Anfechtung § 131 Rz 41 = *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 131 Rz 41, der darauf abstellt, ob die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen für das gesetzliche Sicherungsrecht unverdächtig ist. Einschränkend auch *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.120 f mit weiteren Hinweisen.

1589 *Lehmann*, KO 259 f; *Astner*, Inkongruente Deckung 214 und auch 216 f mit weiteren Hinweisen; diesem wohl zustimmend *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.121.

1590 *Menzel*, Anfechtungsrecht 187 f; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 30 Rz 10. In diesem Sinne etwa die Überlegungen bei *U. Huber*, FS Weber 253 (262 ff): Hat der Verkäufer/Absender seine Absenderrechte beim Versendungskauf (§ 433 UGB; dazu oben 3. Kapitel § 5 B.III.5; S 356 ff) ausgeübt und so seine insolvenzfeste Position aus dem Verfolgungsrecht aufrecht erhalten, kann darin eine Rechtshandlung liegen, die ihm Sicherstellung verschafft und daher der Deckungsanfechtung unterliegt. Dieses Ergebnis bestätigt meines Erachtens auch ein Kontrollblick zur Anfechtungsmöglichkeit bei Aufrechnungslagen: Wenngleich das positive Recht eine Aufrechnungsmöglichkeit nach §§ 19 f IO ausdrücklich anerkennt, ist damit noch nicht gesagt, dass die damit vorgesehene Befriedigung auch vor dem Anfechtungsrecht Bestand hat (siehe schon S 398 FN 1510). Vielmehr kann nach herrschender Auffassung das Herbeiführen einer Aufrechnungslage den Tatbestand

rückbehaltungsrechte der Anfechtung wegen Inkongruenz ausgesetzt sein. Mit anderen Worten: Bloß weil die Voraussetzungen für einen Notsicherungsbehelf erfüllt sind, darf man nicht darauf schließen, dass die damit verbundene Sicherstellung kongruent ist. Konkret ist zu bedenken, dass eine Sicherstellung im Rahmen eines Notsicherungsbehelfs Gläubigergewahrsame am Vermögenswert voraussetzt[1591]. Für die Kongruenz der Sicherstellung kommt es deshalb darauf an, ob diese Gläubigergewahrsame vom dadurch gedeckten Gläubiger (Anfechtungsgegner) „zu beanspruchen war". Das muss man ab dem Zeitpunkt verneinen, in dem die Vorleistungspflicht des Gläubigers fällig wird. Hinzu kommt, dass gerade die bei den Notsicherungsbehelfen erforderliche wirtschaftliche Krisensituation[1592] dem gedeckten Gläubiger gleichermaßen Anlass gibt, Verdacht zu schöpfen, wie das Erlangen einer nicht zu beanspruchenden Deckung. Somit erscheint er in der Regel wohl schon deswegen nicht schutzwürdig, was eine Anfechtung ihm gegenüber rechtfertigt[1593]. Meines Erachtens muss man daher auch die Sicherstellung (Aussonderungsrecht) des Verkäufers, die er infolge seines einseitig erklärten Vorbehalts erlangt hat, als inkongruent im Sinne von § 30 Abs 1 Z 1 IO beurteilen.

4. Im **Ergebnis** zeigt sich: Hat sich der Insolvenzverwalter für Erfüllungsablehnung entschieden, ist der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt anfechtungsrechtlich relevant. Die **Vorbehaltserklärung** des Verkäufers ist eine **Rechtshandlung**, durch die er **Sicherstellung** in Gestalt eines Aussonderungsrechts erlangt und die wegen seiner Vorleistungspflicht **inkongruent** ist.

c. Gläubigerdeckung bei Vertragseintritt

1. Separat zu überlegen ist nun, ob eine Anfechtung wegen inkongruenter Deckung gleichermaßen in Betracht kommt, wenn der Insolvenzverwalter in den Vertrag eingetreten ist: Der Verkäufer hat den fälligen Übereignungsanspruch zu erfüllen, er kann jedoch – wie dargelegt[1594] – die offene Kaufpreisforderung als **Massegläubiger** nach § 46 Z 4 IO geltend machen. Auch in dieser Variante erlangt der Verkäufer (Anfechtungsgegner) als Konsequenz seiner Rechtshandlung (Vorbehaltserklärung) also inkongruente Deckung, denn seine Kaufpreisforderung wird zu einer Masseforderung „aufgewertet"[1595]. Zwar mag es sich dabei um keine Sicherstellung im eigentlichen Sinn

der (objektiven) Begünstigung (§ 30 IO) verwirklichen (*Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 487 f; *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 19 KO Rz 21; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 14.6/1; RIS-Justiz RS0064265).

1591 Eingehend oben 3. Kapitel § 5 B.IV.1; S 358 ff.

1592 Zur Tatbestandsvoraussetzung der Notlage oben S 360 f.

1593 Oben S 412 bei und in FN 1569 samt Nachweisen.

1594 Dazu im 3. Kapitel; zusammenfassend insbesondere oben 3. Kapitel § 5 D; S 390 ff.

1595 Einer solchen Terminologie bedient sich etwa auch *M. Huber*, FS Musielak 297 (284).

handeln, doch wird man eine solche Umqualifizierung von Gläubigerforderungen ohne weiteres als **Deckung** im Sinne von § 30 Abs 1 Z 1 IO einordnen können[1596].

2. In der Behandlung des Verkäufers als Massegläubiger liegt eine Deckung, die wegen der Vorleistungspflicht von seiner materiellen Berechtigung abweicht, das heißt eine Deckung, „die er nicht [...] zu beanspruchen hatte" (§ 30 Abs 1 Z 1 IO): Ausschlaggebend für die Privilegierung als Massegläubiger ist wiederum die „Gläubigergewahrsame" an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert bei Insolvenzeröffnung; sie ist darin zu sehen, dass der Verkäufer – infolge der sachenrechtlich wirksamen Vorbehaltserklärung – Eigentümer der bereits übergebenen Ware geblieben ist. Dazu, also zum Aufrechterhalten seiner Eigentümerstellung, war der Verkäufer nach dem Vertrag aber nur bis zum Fälligkeitszeitpunkt der Vorleistung berechtigt. Nach diesem Zeitpunkt ist seine Deckung demnach inkongruent. Im Ergebnis erlangt der Verkäufer, der einseitig den Eigentumsvorbehalt erklärt, ebenso dann eine inkongruente und daher anfechtbare Deckung, wenn sich der Insolvenzverwalter für den Vertragseintritt entscheidet.

d. Zeitlicher Rahmen

1. Anfechtbar ist eine inkongruente Deckung, wenn sie nicht mehr als 60 Tage vor dem Antrag auf Insolvenzeröffnung oder vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung[1597] vorgenommen wurde[1598] (**relative kritische Frist**) und außerdem auch nicht früher als ein Jahr vor Insolvenzeröff-

1596 Dass es anfechtbar sein kann, wenn Forderungen durch unterlassene Geltendmachung ihre Qualifikation ändern, legt etwa *Bork*, FS Uhlenbruck 279 (283 f), für eine meines Erachtens vergleichbare Situation dar; dazu S 404 bei und in FN 1536. *Bork* (aaO 287) verneint eine Deckungsanfechtung nur wegen besonderer Umstände der von ihm konkret erörterten Konstellation.

1597 Aus § 67 Abs 2 IO leiten herrschende Lehre und Rechtsprechung ab, dass für die dort genannten Schuldner an den Eintritt der insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung dieselben anfechtungsrechtlichen Folgen knüpfen wie an den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit; siehe nur *Ehrenzweig*, Kommentar 213 f; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.36; *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht II/2[4] § 67 KO Rz 136; *Astner*, Inkongruente Deckung 100; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO[2] § 30 Rz 4; OGH 6 Ob 2086/96z in ÖBA 1997, 205 mit Anmerkung *Koziol*; 2 Ob 196/98g in ÖBA 1999, 312. Zweifelnd jedoch *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 30 KO Rz 5.

1598 Die herrschende Auffassung rechnet die 60-Tage-Frist nicht nur vom Insolvenzeröffnungsantrag, sondern ebenfalls vom Eintritt der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung zurück (*Ehrenzweig*, Kommentar 37, 214, 236; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.46; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 13; OGH 7 Ob 612/92 in SZ 65/143 = EvBl 1993/83 = ÖBA 1993, 488 mit Anmerkung *Koziol*. Anders *Hoyer*, wbl 1988, 39 (39 ff); *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 30 KO Rz 7.

nung stattgefunden hat (§ 30 Abs 2 IO; **absolute kritische Frist**). Als „vorgenommen[1599]" gilt eine Rechtshandlung, wenn sie ihre vermögensändernden[1600] Wirkungen äußert[1601], wenn sie perfekt ist[1602] oder sobald eine Rechtsposition begründet worden ist, die im Falle der Insolvenzeröffnung beachtet werden müsste[1603].

2. Überträgt man diese Rechtssätze auf den hier interessierenden einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt, ist demnach jener Zeitpunkt entscheidend, in dem die Rechtshandlung des Verkäufers (Vorbehaltserklärung) für den Fall der Insolvenzeröffnung sein **Aussonderungsrecht** oder seine **Stellung als Massegläubiger begründet**; denn darin liegt der vermögensändernde Effekt seiner Rechtshandlung. Näher besehen könnte man für die Prüfung der kritischen Frist beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt an zwei Sachverhaltsmomente anknüpfen: Zum einen könnte man die **Vorbehaltserklärung** als maßgebend ansehen. Dadurch widerruft der Verkäufer die dingliche Einigung oder verhindert, dass sie (konkludent) zustande kommt. Das hat zur Folge, dass der Käufer trotz nachfolgender Übergabe kein Eigentum erwerben wird, woraus wiederum sein Aussonderungsrecht oder seine Masseforderung resultiert.

Zum anderen könnte man den Standpunkt einnehmen, eine inkongruente Deckung sei erst ab jenem Zeitpunkt denkbar, zu dem der Verkäufer (Anfechtungsgegner) vertraglich verpflichtet gewesen wäre, das Eigentum auf den Käufer (Schuldner) zu übertragen; also konkret nicht vor dem Fälligkeitszeitpunkt der Verkäuferleistung. Denn davor ist der Verkäufer nicht verpflichtet, auf seine mit der Eigentümerstellung verbundene Sicherstellung (Aussonderungsrecht/Masseforderung) zu verzichten. Anders gewendet: Dass sich der Verkäufer das Eigentum vorbehalten hat, verschafft ihm zwar eine Sicherstellung, diese Sicherstellung ist von ihm aber ohnehin „in der Zeit zu beanspruchen", solange seine Vorleistung noch nicht fällig ist; seine Sicherstellung ist bis zur Fälligkeit des Übereignungsanspruchs also kongruent. Inkongruenz tritt erst ein, sobald seine Vorleistungspflicht zur Übertragung des Eigentums fällig wird, erst ab diesem Zeitpunkt bewirkt die weiter bestehende Eigentümerstellung eine Sicherstellung, die der Verkäufer „nicht in der Zeit zu beanspruchen" hat. Es besteht also zunächst eine kongruente

1599 Wenn § 30 Abs 2 IO den Begriff „stattgefunden" verwendet, ist das dem in Abs 1 verwendeten „vorgenommen" gleichzuhalten; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.47 mit weiteren Hinweisen; OGH 6 Ob 625/79 in SZ 52/106 = NZ 1980, 157.

1600 *Henckel*, Anfechtung § 140 Rz 2 = *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 140 Rz 2. Siehe auch *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 185: Beeinträchtigung des Haftungsfonds.

1601 *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 10.48; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 185; *Kirchhof/Piekenbrock* in MünchKomm-InsO[4] § 140 Rz 5.

1602 OGH 1 Ob 229/56.

1603 BT-Drucks 12/2443, 166; BGH IX ZR 39/03 in ZIP 2004, 513 = NJW 2004, 1444; IX ZR 105/05 in NZI 2007, 452 mit Anmerkung *Bernsau*.

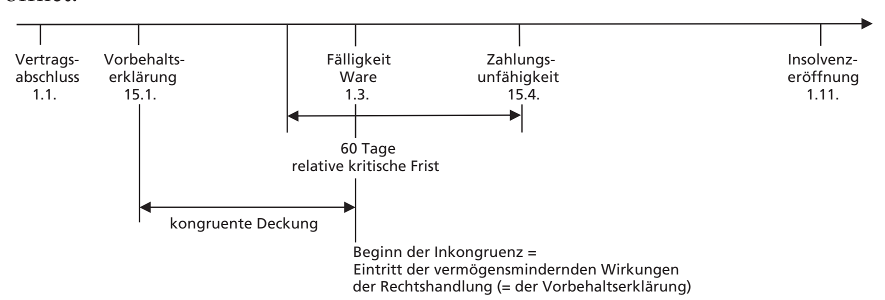
Sicherstellung, die aber auflösend befristet ist und die der Gläubiger (Verkäufer/Anfechtungsgegner) länger aufrechterhält, als dies von ihm „zu beanspruchen ist". Abstrakt gesprochen zeichnet sich die Situation dadurch aus, dass die Rechtshandlung (Vorbehaltserklärung) im Zeitpunkt ihrer Vornahme zu einer Sicherstellung führt, diese Sicherstellung aber erst zu einem späteren Zeitpunkt inkongruent wird. Soweit überblickbar hat man derartige (Sonder-) Fälle noch nicht näher erörtert[1604]. Man wird hier den für die **Prüfung der kritischen Frist** relevanten Zeitpunkt meines Erachtens **nicht vor dem Eintritt der Inkongruenz** ansetzen dürfen. Dafür spricht vor allem die Überlegung, dass es der Gläubiger (Verkäufer/Anfechtungsgegner) andernfalls in der Hand hätte, eine befristete Sicherstellung anfechtungsimmun über den von ihm zu beanspruchenden Zeitraum hinaus aufrecht zu halten: Erklärt der Verkäufer den Vorbehalt zumindest ein Jahr vor Insolvenzeröffnung (§ 30 Abs 2 IO), wäre seine Sicherstellung allein deswegen anfechtungsimmun – unabhängig davon, in welchem Zeitpunkt er verpflichtet gewesen wäre, seine Sicherstellung aufzugeben, also das Eigentum zu übertragen. Meines Erachtens darf man daher den maßgebenden Moment für die Beurteilung, ob die angefochtene Rechtshandlung (Vorbehaltserklärung) in der kritischen Frist vorgenommen wurde, nicht vor Auslaufen der Kongruenz ansetzen. Oder abstrakt formuliert: Verfügt der Gläubiger über eine von ihm nur befristete zu beanspruchende Sicherstellung, so äußert eine Rechtshandlung, die ihm über diesen Zeitpunkt hinaus Sicherstellung verschafft, frühestens ab diesem Zeitpunkt ihre Wirkungen, also erst dann, wenn Kongruenz nicht mehr gegeben ist.

Beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt ist demnach in erster Linie entscheidend, wann der Verkäufer den **Vorbehalt erklärt** hat. Gibt er seine Vorbehaltserklärung **innerhalb der kritischen Frist** ab, ist diese Rechtshandlung anfechtbar. Hat er den Vorbehalt **vor der kritischen Frist** erklärt, ist entscheidend, bis wann der Verkäufer die mit dem Eigentumsrecht verbundene Deckung „zu beanspruchen" hatte; maßgebend ist die Fälligkeit seiner Eigentumsverschaffungspflicht. Liegt dieser Zeitpunkt innerhalb der kritischen Frist, ist seine Vorbehaltserklärung anfechtbar.

1604 Siehe etwa *Astner*, Inkongruente Deckung 223; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 160 ff, und *Henckel*, Anfechtung § 131 Rz 48 = *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 131 Rz 48, die jeweils lediglich die *vorzeitig* gewährte Deckung behandeln. Die Ursache hierfür ist wohl darin zu sehen, dass in der Praxis Sicherstellungen, die von Beginn an inkongruent sind, weil sie vor dem Zeitpunkt der materiellen Berechtigung gewährt werden, den Regelfall bilden. Hingegen kommt die spiegelbildliche, hier interessierende Situation, in der eine Sicherstellung zunächst kongruent ist, aber dann über den zu beanspruchenden Zeitpunkt hinaus aufrechterhalten wird, wohl kaum vor, weil sie eigentlich nur bei auflösend befristeten Sicherheiten denkbar scheint. Wohl deswegen, weil solche Sicherstellungen wegen des verbleibenden Risikos für den Gläubiger in der Praxis keine Rolle spielen dürften, hat man sich auch anfechtungsrechtlich bisher nicht mit derartigen Konstellationen auseinandergesetzt.

3. Dieser Gedankengang soll an einem **Beispiel** veranschaulicht werden:

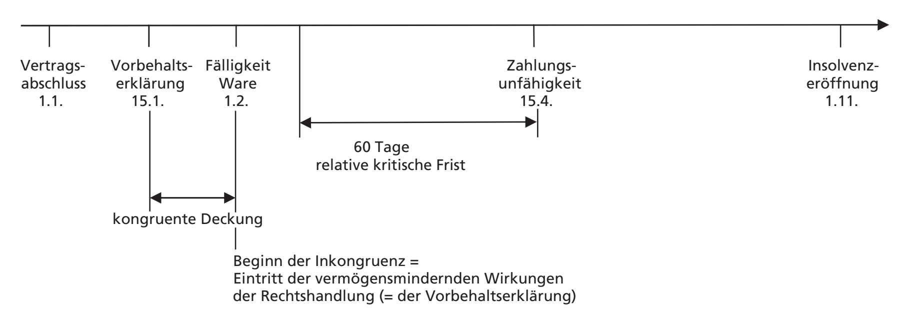
Am 1. Jänner verkauft G dem S eine Maschine: Die Lieferung ist am 1. März fällig, der Kaufpreis am 1. Dezember. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses befindet sich S bereits in schlechten Vermögensverhältnissen im Sinne von § 1052 Satz 2 ABGB, was G erkennen konnte. Am 15. Jänner erklärt G gegenüber S einseitig den Eigentumsvorbehalt; G übergibt die Ware zum Fälligkeitszeitpunkt (1. März). S wird am 15. April zahlungsunfähig. Am 1. November wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen von S eröffnet.



Beispiel 1: Vorbehaltserklärung des Verkäufers als anfechtbare Rechtshandlung | Fälligkeit der Vorleistung bewirkt Inkongruenz der erlangten Deckung | vermögensmindernde Wirkungen treten innerhalb der kritischen Frist ein.

Indem G einseitig den Eigentumsvorbehalt erklärt (15. Jänner), nimmt er eine Rechtshandlung vor, die ihm Sicherstellung verschafft. Zu diesem Zeitpunkt ist seine Sicherstellung noch kongruent; auch nimmt G diese Rechtshandlung außerhalb der (relativen) kritischen Frist vor: Da S am 15. April zahlungsunfähig geworden ist, beginnt die 60-tägige Vorfrist Mitte Februar. Prima vista wäre demnach eine Anfechtungsmöglichkeit zu verneinen, weil G die angefochtene Rechtshandlung (Vorbehaltserklärung) außerhalb der 60-Tage-Frist vorgenommen hat. Nach den vorstehenden Überlegungen wird Anfechtbarkeit dennoch zu bejahen sein: Die Kongruenz ist nämlich auflösend befristet; deshalb äußert Gs Rechtshandlung ihre vermögensmindernden Wirkungen nicht unmittelbar bei Vornahme (15. Jänner), sondern erst mit Ablauf der Kongruenz. Hierfür ist maßgebend, wann Gs Leistung (Übereignung der Maschine) fällig wird (1. März); dieser Zeitpunkt fällt sehr wohl in die kritische Frist. In einer solchen Konstellation ist die Vorbehaltserklärung daher meines Erachtens anfechtbar, obwohl der Anfechtungsgegner G die eigentliche Rechtshandlung (Vorbehaltserklärung) außerhalb der kritischen Frist vorgenommen hat.

Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn sowohl Vorbehaltserklärung als auch der Beginn der Inkongruenz außerhalb der kritischen Frist liegen (**Beispiel 2**). Wird Gs Leistung (Übereignung der Maschine) bereits am 1. Februar fällig und bleibt der Sachverhalt im Übrigen unverändert, führt dies zu folgendem Ergebnis:



Beispiel 2: Vorbehaltserklärung des Verkäufers als anfechtbare Rechtshandlung | Fälligkeit der Vorleistung bewirkt Inkongruenz der erlangten Deckung | vermögensmindernde Wirkungen treten außerhalb der kritischen Frist ein.

Hier liegen sowohl die eigentliche Rechtshandlung (Gs Vorbehaltserklärung) als auch der Eintritt der Inkongruenz (Fälligkeit der Übereignung) außerhalb der kritischen Frist; Anfechtbarkeit ist daher zu verneinen.

3. Anfechtung wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit

a. Anfechtungstatbestand

1. Für den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts erscheint – wie dargelegt (S 405 f) – auch der zweite Tatbestand der Deckungsanfechtung (§ 31 Fall 1 IO) von Bedeutung. Danach sind Rechtshandlungen anfechtbar, durch die ein Gläubiger Sicherstellung oder Befriedigung erlangt hat, wenn ihm die **Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung**[1605] **oder der Insolvenzeröffnungsantrag bekannt war oder bekannt sein musste**. Unerheblich ist, ob die Deckung kongruent oder inkongruent war[1606]; dass der Anfechtungsgegner nicht schutzwürdig ist, ergibt sich hier nicht aus der objektiv verdächtigen Inkongruenz[1607], sondern aus beim Anfechtungsgegner konkret zu prüfenden subjektiven Umständen (Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis). Dieser Anfechtungstatbestand bezweckt auch, den die Gläubiger untereinander treffenden Gleichbehandlungsgrundsatz zu verwirklichen[1608], er erfordert deshalb ebenso wenig wie die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung eine

1605 Zur Gleichsetzung der im Gesetz nicht genannten Überschuldung *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 11.5 sowie oben S 417 FN 1597 mit weiteren Nachweisen.

1606 *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 314; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 31 KO Rz 5; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 11.32; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO[2] § 31 Rz 3; *Henckel*, Anfechtung § 130 Rz 13 = *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 130 Rz 13; OGH 7 Ob 523/88 in ÖBA 1988, 1128; 7 Ob 516/90; 6 Ob 290/96z in ÖBA 1997, 736; RIS-Justiz RS0065053.

1607 Dazu oben S 411 f.

1608 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 31 KO Rz 2; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 11.2; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO[2] § 31 Rz 1. Zu diesem Zusammenhang zwischen dem Zweck des konkreten Anfechtungstatbestandes und dem Erfordernis einer Schuldnerhandlung oben S 408 ff mit weiteren Hinweisen.

Rechtshandlung des Schuldners[1609]. Für eine Anfechtung nach diesem Tatbestand ist es also wiederum unerheblich, dass der Verkäufer (Anfechtungsgegner) Urheber der angefochtenen Vorbehaltserklärung ist.

b. Gläubigerdeckung

1. Anfechtbar nach § 31 Fall 1 IO sind Sicherstellungen und Befriedigungen in jeder Form[1610]. Wie eben zur Anfechtung wegen inkongruenter Deckung dargelegt[1611], ist der vom Verkäufer erklärte Vorbehalt eine Rechtshandlung, mit der eine Sicherstellung vorgenommen wird: Die einseitige Vorbehaltserklärung ist sachenrechtlich wirksam und führt daher einen beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrag im Sinne von § 21 IO herbei; der Insolvenzverwalter kann daher entweder den Vertragseintritt oder die Erfüllungsablehnung wählen. In beiden Varianten erheischt der Verkäufer eine privilegierte Position: Bei Erfüllungsablehnung kommt ihm ein **Aussonderungsrecht** an der Kaufsache zu. Hat der Insolvenzverwalter den Vertragseintritt erklärt, kann der Verkäufer – nach den hier vorgestellten Thesen – den noch offenen **Kaufpreis als Masseforderung** (§ 46 Z 4 IO) geltend machen. Damit hat der Verkäufer (Anfechtungsgegner) also aus seiner Rechtshandlung (Vorbehaltserklärung) jedenfalls **Sicherstellung** erlangt.

2. Dass die Sicherstellung infolge Vorbehalts unmittelbar vom Gesetz vorgesehen ist (Aussonderungsrecht oder Masseforderung), steht ihrer Anfechtbarkeit wiederum nicht im Wege[1612]: Denn anerkannt ist, dass sowohl die Herbeiführung einer Aufrechnungslage[1613] als auch gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrechte[1614] der Deckungsanfechtung nach § 31 Fall 1 IO unterfallen können. Allein der Umstand, dass unter bestimmten Voraussetzungen schon das positive Recht Sicherstellung gewährt, macht sie daher noch nicht anfechtungsimmun.

c. Zeitlicher Rahmen

Wie bei Anfechtung wegen inkongruenter Deckung besteht auch für die Anfechtung nach § 31 Fall 1 IO ein doppelter zeitlicher Rahmen: Die angefoch-

1609 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 31 KO Rz 5; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 11.38; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 31 IO Rz 2; *Henckel*, Anfechtung § 130 Rz 11 = *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 130 Rz 11.

1610 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 31 KO Rz 5; *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO[2] § 31 Rz 3.

1611 Oben 4. Kapitel § 2 B.III.2.b und c; S 413 ff und 416 f mit Nachweisen.

1612 Vgl dazu auch schon oben S 414 f im Zusammenhang mit der Frage, ob eine gesetzlich vorgesehene Sicherstellung Inkongruenz beseitigen kann.

1613 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 31 KO Rz 7; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 14.6/1.

1614 *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 11.38.

tene Rechtshandlung – hier: die Vorbehaltserklärung des Verkäufers – muss in den letzten **sechs Monaten vor Insolvenzeröffnung** vorgenommen worden sein (§ 30 Abs 4 IO). Zudem muss die Rechtshandlung entweder **nach** Eintritt der **Zahlungsunfähigkeit oder** nach dem **Insolvenzeröffnungsantrag** vorgenommen worden sein[1615].

Die Anfechtung der Vorbehaltserklärung nach § 31 Fall 1 IO dürfte angesichts solcher Zeitschranken eher von geringer praktischer Relevanz sein. Eine Anfechtung nach § 31 Fall 1 IO ist nämlich an kürzere Fristen und an durchwegs strengere Voraussetzungen geknüpft als die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung (§ 30 Abs 1 Z 1 IO)[1616]. Da beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt wegen der Vorleistungspflicht jedoch stets Inkongruenz zu bejahen sein wird[1617], sind Konstellationen, in denen sich eine Anfechtung nach § 31 Fall 1 IO als nützlich erweist, eigentlich kaum denkbar.

IV. Fazit und Inhalt des Anfechtungsanspruchs

1. Auf Seiten des **Verkäufers** kommen zwei Anknüpfungspunkte als anfechtbare Rechtshandlung in Betracht: die unterlassene Eigentumsübertragung und die Abgabe der Vorbehaltserklärung. Die Anfechtung der Unterlassung scheidet angesichts des Gesetzeswortlauts, der bei Unterlassungen explizit eine Schuldnerhandlung voraussetzt (§ 36 IO), wohl aus. In der **Vorbehaltserklärung** liegt ein aktives Tun. Wenngleich es sich um eine Rechtshandlung des Anfechtungsgegners (Verkäufers) handelt, ist sie dennoch im Rahmen einer **Deckungsanfechtung** grundsätzlich tauglicher Anfechtungsgegenstand. Die sachenrechtlich wirksame Vorbehaltserklärung führt zu einem beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrag (§ 21 IO) und führt so eine Sicherstellung herbei, die sonst nicht bestanden hätte – bei Erfüllungsablehnung: Aussonderungsrecht; bei Vertragseintritt: Masseforderung. Diese Sicherstellung kann entweder wegen **Inkongruenz** (§ 30 Abs 1 Z 1 IO) oder wegen **Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis** der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 Fall 1 IO) angefochten werden.

Ist die Rechtshandlung (Vorbehaltserklärung) des Verkäufers/Anfechtungsgegners innerhalb der kritischen Frist erfolgt, kann sie also angefochten und den Insolvenzgläubigern gegenüber für unwirksam erklärt werden (§ 27 IO).

2. Anzusprechen ist nun noch die Frage, ob sich das Anfechtungsziel in der hier interessierenden Situation, also bei Anfechtung einer Vorbehaltserklärung, schon allein durch die **rechtsgestaltende Wirkung** (Unwirksamkeit im

1615 Eine 60-tägige Vorfrist, wie sie § 30 IO vorsieht (dazu oben S 417 FN 1598), existiert hier nicht (*Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 39 KO Rz 4; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.4; *Astner*, Inkongruente Deckung 124).

1616 Dazu anschaulich *Astner*, Inkongruente Deckung 123 f.

1617 Siehe oben S 413 f.

Sinne von § 27 IO) erreichen lässt[1618], oder ob der Insolvenzverwalter für den Anfechtungserfolg überdies[1619] einen **Leistungsanspruch** nach § 39 Abs 1 IO geltend machen muss. Dieser im Gesetz explizit vorgesehene Leistungsanspruch ergänzt den von § 27 IO angeordneten Schutz der Masse: Wo der Anfechtungserfolg nicht schon alleine dadurch eintritt, dass die Rechtshandlung für unwirksam erklärt wird[1620], ist es neben dem Gestaltungsbegehren notwendig und möglich, auch den Leistungsanspruch geltend zu machen[1621]. Er ist auf Leistung desjenigen an die Masse gerichtet, was durch die anfechtbare Rechtshandlung dem Vermögen des Schuldners entgangen ist (§ 39 Abs 1 IO).

3. In der hier interessierenden Konstellation (Anfechtung der Vorbehaltserklärung) könnte es prima vista erforderlich erscheinen, dass der Insolvenzverwalter neben[1622] dem Gestaltungsbegehren auch einen solchen Leistungsanspruch geltend macht: Infolge der anfechtbaren Vorbehaltserklärung ist dem Schuldnervermögen nämlich das Eigentumsrecht an der Kaufsache entgangen, sodass dieses wohl erst vom Anfechtungsgegner (Verkäufer) zur Insolvenzmasse geleistet werden müsste. Das Leistungsbegehren wäre dann konkret auf die Zustimmung des Anfechtungsgegners (Verkäufers) zur Übereignung zu richten[1623].

4. Bei näherer Überlegung ist es für den Insolvenzverwalter aber keineswegs stets erforderlich, auch den Leistungsanspruch zu bemühen. Vielmehr muss man wohl im Einzelfall danach differenzieren, ob die **dingliche Einigung**

1618 Nicht wesentlich erscheint im hier gegebenen Zusammenhang die strittige Frage, ob die Rechtsgestaltung dem Richterspruch vorbehalten ist (Gestaltungsklagerecht; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 15.3 mit weiteren Hinweisen) oder auch außergerichtlich erfolgen kann (Gestaltungsrecht; *Konecny*, ÖBA 1987, 311 [312 ff]; *Koziol*, Gläubigeranfechtung 106).

1619 Nach der heute wohl überwiegenden Ansicht bedarf es jedenfalls eines Rechtsgestaltungsbegehrens (*König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 17.25 ff).

1620 Ausreichend wäre schon allein die rechtsgestaltende Wirkung im Sinne von § 27 IO etwa bei einer Deckung durch Anerkenntnis, Aufrechnung, Bürgschaft, Schulderlass oder Schenkungsvertrag ohne Übergabe.

1621 Siehe bloß *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 39 KO Rz 2 aE; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 15.7; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 39 KO Rz 2 je mit weiteren Hinweisen.

1622 Folgt man der Auffassung, dass die Unwirksamkeit der Rechtshandlung nicht nur durch Richterspruch, sondern auch außergerichtlich herbeigeführt werden kann (FN 1618), so bedarf es bloß eines Leistungsbegehrens (*Konecny*, ÖBA 1987, 311 [317]). Nach dem gegenteiligen Standpunkt wäre eine Leistungsklage ohne Rechtsgestaltungsbegehren hingegen unschlüssig (*König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 17.31).

1623 Dabei wirkt bereits das stattgebende, rechtskräftige Urteil als Zustimmungserklärung (§ 367 EO) und löst so den Rechtsübergang aus; siehe schon oben S 392 FN 1503 mit Nachweisen.

bereits vor der Vorbehaltserklärung zustande gekommen ist oder nicht[1624]. Liegt die dingliche Einigung im Zeitpunkt der Vorbehaltserklärung bereits vor, führt allein die Unwirksamkeit der Vorbehaltserklärung dazu, dass auch der darin enthaltene Widerruf der dinglichen Einigung unwirksam ist; die dingliche Einigung besteht daher fort beziehungsweise lebt sie wieder auf. Hat der Verkäufer die Sache übergeben, ist demnach also Eigentum auf den Schuldner übergegangen. Damit hat der Verkäufer den Kaufvertrag vollständig erfüllt; § 21 IO ist nicht anwendbar: Das vom Anfechtungsgegner (Verkäufer) übertragene Eigentumsrecht verbleibt in der Masse. Seine Ansprüche gegen die Masse (offener Kaufpreis oder Rückforderungsanspruch infolge Verkäuferrücktritts nach § 918 ABGB) kann er nur als Insolvenzforderung geltend machen. Ein Leistungsbegehren nach § 39 IO wäre unter solchen Umständen meines Erachtens also entbehrlich.

5. Denkbar ist ebenso, dass **vor der Übergabe** noch **keine dingliche Einigung** auf unbedingten Rechtserwerb zwischen Verkäufer und Käufer zustande gekommen ist, dass die dingliche Einigung also gleichzeitig oder erst nach der Vorbehaltserklärung zustande kommen sollte. Erklärt der Verkäufer einseitig den Vorbehalt, kann man das nicht als Widerruf einer schon bestehenden dinglichen Einigung bewerten, sondern wohl nur als Klarstellung, dass er trotz Übergabe der Sache keine konkludente dingliche Einigung auf unbedingten Rechtserwerb abschließen will. Ist eine solche klarstellende Erklärung auf Grund der rechtsgestaltenden Wirkung der Anfechtungsklage als unwirksam (§ 27 IO) zu behandeln, so erscheint zweifelhaft, ob dadurch erreicht werden kann, dass nun doch eine dingliche Einigung auf unbedingten Rechtserwerb als zustande gekommen gilt. Dazu müsste man nämlich annehmen, dass die Unwirksamkeit des Vorbehalts nun Umstände im Sinne von § 863 ABGB herstellt, sodass man einen konkludenten Abschluss der dinglichen Einigung konstruieren kann. Allein mit dem Instrument der von § 27 IO verfügten *Unwirksamkeit* einer Rechtshandlung wird meines Erachtens nur schwer zu begründen sein, dass positiv ein (dingliches) Rechtsgeschäft bestimmten Inhalts mit dem Anfechtungsgegner zustande kommt.

1624 Wie ausführlich dargestellt wurde, liegt nach dem klassischen Verständnis gerade hierin (Zeitpunkt des Zustandekommens der dinglichen Einigung) der Angelpunkt für die Streitfrage nach der Wirksamkeit der einseitigen Vorbehaltserklärung (2. Kapitel § 1 A.I.1; S 11 ff; siehe auch S 124): Die eine Auffassung geht davon aus, dieser Zeitpunkt falle regelmäßig mit dem Verpflichtungsgeschäft (Grundgeschäft) zusammen; die Gegenansicht argumentiert im Wesentlichen, die dingliche Einigung liege nicht schon im Verpflichtungsgeschäft, sondern könne erst bei Übergabe zustande kommen. Sowohl die Vertreter der einen wie auch jene der anderen Ansicht stellen allerdings hinsichtlich des relevanten Zeitpunkts *bloß eine Zweifelsregel* auf; im konkreten Fall könne es auf Grund der Umstände durchaus zu abweichenden Ergebnissen kommen (Nachweise oben S 125 FN 544). Es ist daher jedenfalls – unabhängig davon, welcher Ansicht man anhängt – eine Einzelfallbetrachtung geboten.

Dies aber wäre Voraussetzung, um der Masse schon durch die rechtsgestaltende Wirkung Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen und das Anfechtungsziel zu erreichen. Meines Erachtens lässt sich daher – sofern im Zeitpunkt der angefochtenen Vorbehaltserklärung noch keine dingliche Einigung auf unbedingten Rechtserwerb vorliegt – das Anfechtungsziel nur erreichen, wenn der Insolvenzverwalter auch ein Leistungsbegehren gegen den Anfechtungsgegner (Verkäufer) geltend macht, das auf Einwilligung in die unbedingte Eigentumsübertragung gerichtet ist. Bei dieser Sichtweise erscheint also nun wieder jener Meinungsstreit bedeutsam, den diese Untersuchung eingangs beiseitegelassen hat[1625]: Wann kommt die dingliche Einigung zustande? Bei ihrer Beantwortung führt allerdings – unabhängig davon welcher Auffassung man anhängt – kein Weg an einer Einzelfallbetrachtung vorbei[1626].

C. Rechtshandlungen des Käufers

I. Anfechtbare Rechtshandlung

1. Zuvor ist bereits angeklungen (S 403 f), dass ebenso auf Seiten des Käufers eine Rechtshandlung zu erblicken ist, die als Anfechtungsgegenstand taugen kann: Erklärt der Verkäufer einseitig den Eigentumsvorbehalt, ohne dass ihm ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, verletzt er damit seine **fällige Eigentumsverschaffungspflicht**. Der Käufer kann den Verkäufer auf **Zustimmung zur Übereignung klagen** (die nach § 367 EO bereits durch das rechtskräftige Urteil bewirkt wird)[1627]. Die insolvenzrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts (Aussonderungsrecht/Masseforderung) beruht auf dem Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen. Dieses Prinzip setzt voraus, dass (i) sich der Vermögenswert bei Insolvenzeröffnung noch in Gläubigergewahrsame befindet (mag diese Gläubigergewahrsame auch schlicht unberechtigt sein) und (ii) der im Leistungsanspruch liegende Vermögenswert nicht bereits zuvor (durch Verfügungen des Schuldners oder exekutive Zugriffe anderer Gläubiger) dem schuldnerischen Haftungsfonds wirtschaftlich betrachtet verloren gegangen ist[1628]. Die insolvenzfeste Position des Verkäufers, der einseitig den Eigentumsvorbehalt erklärt hat, setzt also konkret voraus, dass dem **Verkäufer** bei Insolvenzeröffnung das **Eigentumsrecht** noch zusteht („Gläubigergewahrsame" an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert); der Käufer darf den fälligen Übereignungsanspruch daher noch nicht durchge-

1625 Oben S 124 f.

1626 Siehe unmittelbar oben S 425 FN 1624 mit weiteren Hinweisen.

1627 Oben S 392 mit Nachweisen.

1628 Oben 3. Kapitel § 5 B.IV.1; S 358 ff.

setzt haben[1629]. Eine nach §§ 27 ff IO anfechtbare Rechtshandlung des Verkäufers könnte somit darin gelegen sein, dass es der **Käufer unterlassen** hat, seinen **fälligen Übereignungsanspruch** im Anschluss an die Leistungsverweigerung (durch einseitige Vorbehaltserklärung) **durchzusetzen**; denn der deswegen unterbliebene Rechtsübergang hätte die insolvenzfeste Position des Verkäufers beseitigt.

2. Grundsätzlich kann – wie bereits angesprochen (S 400) – auch eine **Unterlassung des Schuldners** als Rechtshandlung anfechtbar sein (§ 36 IO). Damit wird kein eigener Anfechtungstatbestand geschaffen, sondern lediglich klargestellt, dass sämtliche Anfechtungstatbestände (§§ 28 bis 31 IO) auch durch Unterlassen verwirklicht werden können[1630]; insbesondere wird das Unterlassen der Klagserhebung als anfechtbar betrachtet[1631]. Auch die Anfechtungsregeln des deutschen Insolvenzrechts setzen Unterlassungen einer Rechtshandlung im Sinne der Anfechtungsnormen gleich (§ 129 Abs 2 InsO). Dementsprechend kommt nach in Deutschland herrschender Auffassung[1632] eine Anfechtung in Betracht, wenn eine Situation naheliegenderweise materiellrechtliche Ansprüche auslöst, daraus jedoch keine Konsequenzen gezogen werden.

Jedoch wäre es übereilt, daraus zu schließen, dass es anfechtbar ist, wenn der Käufer (Schuldner) es nach einseitig erklärtem Eigentumsvorbehalt unterlassen hat, seinen fälligen Übereignungsanspruch durchzusetzen. Anders als nach deutscher Rechtslage stellt das österreichische Anfechtungsrecht nämlich **besondere Erfordernisse** für die Anfechtbarkeit von Unterlassungen auf (§ 36 IO)[1633]: Voraussetzung ist, dass der Schuldner durch die Unterlassung ein Recht verliert (Verminderung der Aktiven) oder vermögensrechtliche Ansprüche gegen ihn begründet, erhalten oder gesichert werden (Erhöhung der Passiven). Bevor geprüft wird, ob ein konkreter Anfechtungstatbestand nach den §§ 28 bis 31 IO verwirklicht ist[1634], ist demnach zunächst zu fragen, ob überhaupt eine anfechtbare Unterlassung im Sinne von § 36 IO vorliegt. Nimmt man nun den Käufer (Schuldner) in den Fokus, der es unterlassen hat, seinen fälligen Übereignungsanspruch durchzusetzen, kommen prima vista **zwei Tatbestandsvarianten des § 36 IO** in Betracht: Zum einen könnte man in der Unterlassung des Käufers eine Rechtshandlung

---

1629 Oben S 362 bei und in FN 1400.

1630 Nachweise oben S 400 FN 1525.

1631 *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 3.30.

1632 *Henckel*, Anfechtung § 129 Rz 12 = *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 129 Rz 12; *Kayser/Freudenberg* in MünchKomm-InsO[4] § 129 Rz 25 mit weiteren Hinweisen. BGH IX ZR 190/02 in BGHZ 165, 343 = NJW 2006, 908 (909 f).

1633 In der darin liegenden Beschränkung der Anfechtbarkeit von Unterlassungen ist der eigentliche Regelungsgehalt des § 36 IO zu sehen (*Ehrenzweig*, Kommentar 57; *Lehmann*, KO 305; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 300; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 3.24 mit weiteren Hinweisen).

1634 Unten Pkt 4. Kapitel § 2 C.II; S 429 ff.

sehen, durch die er ein Recht verloren hat. Zum anderen liegt es nahe, seine Unterlassung als Rechtshandlung anzusehen, durch die vermögensrechtliche Ansprüche gegen ihn gesichert wurden, nämlich indem (bei Vertragsauflösung) der gegen ihn gerichtete Rückabwicklungsanspruch als Aussonderungsrecht zu behandeln ist[1635] oder indem (bei Vertragseintritt) die offene Kaufpreisforderung zu einer Masseforderung (§ 46 Z 4 IO) wird[1636].

3. Zur Tatbestandsvariante des **Rechtsverlusts** ist der Meinungsstand heterogen. Im Schrifttum herrscht Uneinigkeit, ob man den Tatbestand so auszulegen hat, dass er auch **unterlassenen Rechtserwerb** erfasst; einschlägige Rechtsprechung existiert – soweit überblickbar – nicht[1637]. Die strengere und wohl herrschende Auffassung[1638] nimmt an, Unterlassung eines Rechtserwerbs im Sinne von § 36 IO und damit Anfechtbarkeit seien nur anzunehmen, wenn der Schuldner ein der Zwangsvollstreckung unterworfenes **Recht verloren** hat[1639]. Nach der liberaleren Mindermeinung[1640] können Unterlassungen hingegen bereits dann wegen Rechtsverlusts nach § 36 IO angefochten werden, wenn dem Schuldner ein Vermögenszuwachs entgangen ist; gefordert wird lediglich, dass der Anfechtungsgegner keine Möglichkeit hatte, sich seiner Verpflichtung aus dem durch die Unterlassung entgangenen Recht zu entziehen.

Unabhängig davon, welcher Auslegung man sich anschließt, ist zweifelhaft, ob man es unter diesen Tatbestand von § 36 IO subsumieren kann, wenn der Käufer die Durchsetzung seines Übereignungsanspruchs unterlassen hat. Bei näherer Überlegung führt die unterlassene Durchsetzung nämlich weder zu einem Rechtsverlust noch dazu, dass dem Schuldner ein Erwerb entgeht. Denn der vom Käufer (Schuldner) nicht durchgesetzte Übereignungsanspruch geht infolge der Unterlassung keineswegs verloren; er besteht nach wie vor, der Insolvenzverwalter kann ihn weiterhin geltend machen. Es tritt

1635 Oben S 129 FN 549.

1636 Zusammenfassend dazu oben 3. Kapitel § 5 D; S 390 ff.

1637 Mit diesem Befund auch *Klicka*, ecolex 2010, 438 (438).

1638 *Ehrenzweig*, Kommentar 57 und 320 ff; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 300 f; *Koziol*, Gläubigeranfechtung 95 ff, *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 36 KO Rz 4. Zum ebenfalls uneinheitlichen Meinungsstand in Deutschland *Henckel*, Anfechtung § 129 Rz 24 = *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO § 129 Rz 24.

1639 Begründet wird dies mit dem Gedanken, dass den Gläubigern auch im Wege der Anfechtung nur Zugriff auf solche Vermögenswerte eröffnet werden kann, auf die sie exekutiv hätten greifen können; denn das von den Anfechtungsnormen geschützte Befriedigungsrecht sei nämlich bloß dann beeinträchtigt, wenn der Haftungsfonds verringert und damit dem Gläubigerzugriff etwas entzogen werde (*Koziol*, Gläubigeranfechtung 95 ff).

1640 *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 3.24 f. Ebenso *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 36 IO Rz 11; *A. Huber*, Anfechtung von Unterlassungen 69 ff; *Klicka*, ecolex 2010, 438 (439).

also **keine Verminderung der Aktiven** ein. Was sich auf Grund der unterlassenen Durchsetzung ändert, ist lediglich – aber immerhin! – die Position des Verkäufers (Gläubigers): Er hat nicht bloß eine Insolvenzforderung auf den Kaufpreis, sondern er kann ein Aussonderungsrecht oder eine Masseforderung geltend machen. Meines Erachtens kann der Insolvenzverwalter die vom Käufer unterlassene Durchsetzung des fälligen Übereignungsanspruchs daher nicht als Rechtsverlust im Sinne des § 36 IO anfechten.

4. Es bleibt die zweite Tatbestandsvariante von § 36 IO, wonach Unterlassungen anfechtbar sind, die **vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Schuldner begründen, erhalten oder sichern**. Darunter versteht man Unterlassungen, durch die der Schuldner **Passiven erwirbt**[1641] oder deren Durchsetzung erleichtert[1642]. Unter diesen Tatbestand kann man die vom Käufer (Schuldner) unterlassene Durchsetzung des fälligen Übereignungsanspruchs subsumieren: Da der Käufer (Schuldner) seinen fälligen Übereignungsanspruch nicht durchgesetzt hat, ist der Verkäufer (Gläubiger) noch immer Eigentümer der Ware; dies führt dazu, dass der Kaufpreisanspruch des Verkäufers gegen die Masse gesichert beziehungsweise dessen Durchsetzung erleichtert ist: Bei Vertragsauflösung kann er das Vorbehaltsgut im Zuge der Rückabwicklung aussondern[1643]; bei Vertragseintritt ist der offene Kaufpreis Masseforderung[1644].

Im Ergebnis ist die vom Käufer (Schuldner) unterlassene Durchsetzung des fälligen Übereignungsanspruchs als **Unterlassung im Sinne des § 36 IO** einzuordnen, durch die vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Schuldner gesichert werden; diese Unterlassung ist daher grundsätzlich anfechtbar.

II. Anfechtungstatbestand

1. Im nächsten Schritt ist zu prüfen, welchen konkreten Anfechtungstatbestand die vom Käufer (Schuldner) unterlassene Durchsetzung des fälligen Übereignungsanspruchs verwirklicht. Dazu lässt sich an die bereits angestellten Überlegungen zur Anfechtung von Rechtshandlungen des Verkäufers (Gläubigers) anknüpfen. Wie dargelegt[1645] erlangt der Verkäufer durch den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt eine Sicherstellung: Die sachenrechtlich wirksame Vorbehaltserklärung führt zu einem beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrag; dem Insolvenzverwalter steht daher ein Wahlrecht zu (§ 21 IO). Bei Erfüllungsablehnung kann der Verkäufer aussondern; hat der Insolvenzverwalter den Vertragseintritt erklärt, kann der Verkäufer den noch offenen **Kaufpreis als Masseforderung** geltend machen. In beiden Varianten

1641 *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 36 IO Rz 12.
1642 *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I^4 § 36 KO Rz 8.
1643 Oben S 129 FN 549.
1644 Zusammenfassend dazu oben 3. Kapitel § 5 D; S 390 ff.
1645 Oben 4. Kapitel § 2 B.III.2.b und c; S 413 ff und 416 f mit Nachweisen.

hat der Verkäufer (Anfechtungsgegner) als Konsequenz seiner Rechtshandlung (Vorbehaltserklärung) **Sicherstellung** erlangt.

2. Die nun hier interessierende Unterlassung des Käufers (Schuldners) gleicht in ihren Wirkungen den Rechtshandlungen des Verkäufers (Gläubigers): Auch der Käufer, der von der Anspruchsdurchsetzung absieht, lässt eine Sicherstellung des Verkäufers entstehen. Diese Sicherstellung des Verkäufers kann sowohl wegen **Inkongruenz** (§ 30 Abs 1 Z 1 IO) als auch wegen **Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis** des Verkäufers von der **Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung** (§ 31 Fall 1 IO) anfechtbar sein. Dass hier die Deckung aus einer Rechtshandlung des Käufers (Schuldners) resultiert, macht keinen Unterschied[1646]. Zu den Tatbestandsvoraussetzungen für die Deckungsanfechtung im Einzelnen gelten die schon zuvor angestellten Überlegungen[1647].

III. Zeitlicher Rahmen

1. Gesondert zu prüfen sind die kritischen Fristen, wenn die vom Käufer (Schuldner) unterlassene Durchsetzung seines Übereignungsanspruchs angefochten wird. Je nachdem, ob der Insolvenzverwalter seine Anfechtungsklage auf inkongruente Deckung (§ 30 Abs 1 Z 1 IO) oder auf (fahrlässige Un-) Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 Fall 1 IO) stützt, sind unterschiedliche Fristen maßgebend: Bei Anfechtung wegen **inkongruenter Deckung** darf die angefochtene Rechtshandlung (i) nicht länger als 60 Tage vor dem Antrag auf Insolvenzeröffnung oder vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit vorgenommen worden sein und (ii) außerdem nicht früher als ein Jahr vor Insolvenzeröffnung. Die **Anfechtung nach § 31 Fall 1 IO** verlangt, dass die Rechtshandlung (i) in den letzten sechs Monaten vor Insolvenzeröffnung und außerdem (ii) entweder nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach dem Insolvenzeröffnungsantrag vorgenommen worden ist.

Grundsätzlich entscheidet – wie erwähnt[1648] – der **Zeitpunkt**, in dem die angefochtene **Rechtshandlung vorgenommen** wurde. Zur Anfechtung von **Unterlassungen** weist die herrschende Auffassung[1649] darauf hin, dass eine Unterlassung solange begangen wird, als man die unterlassene Handlung vornehmen hätte können; die Anfechtungsfristen sind daher gewahrt, wenn der für das gebotene positive Tun letztmögliche Zeitpunkt in die kritische Frist

1646 Oben S 412 FN 1571.
1647 Oben 4. Kapitel § 2 B.III.2; S 411 ff; und 4. Kapitel § 2 B.III.3; S 421 ff.
1648 Oben 4. Kapitel § 2 B.III.2.d; S 417 f.
1649 *Lehmann*, KO 306 f; *Ehrenzweig*, Kommentar 332; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 36 KO Rz 9; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 3.35; *Astner*, Inkongruente Deckung 121; *A. Huber*, Anfechtung von Unterlassungen 92; *Kerschner*, Irrtumsanfechtung 55; OGH 1 Ob 756/82 in SZ 55/174; RIS-Justiz RS0050284.

fällt. Für den hier interessierenden Anfechtungsgegenstand, die vom Käufer unterlassene Anspruchsdurchsetzung, folgt daraus keine relevante Einschränkung: Der fällige Übereignungsanspruch des Käufers unterliegt der allgemeinen 30-jährigen Regelverjährung (§ 1478 ABGB); es besteht somit kaum die Gefahr, dass der letztmögliche Zeitpunkt zu handeln nicht mehr in die kritische Frist fällt.

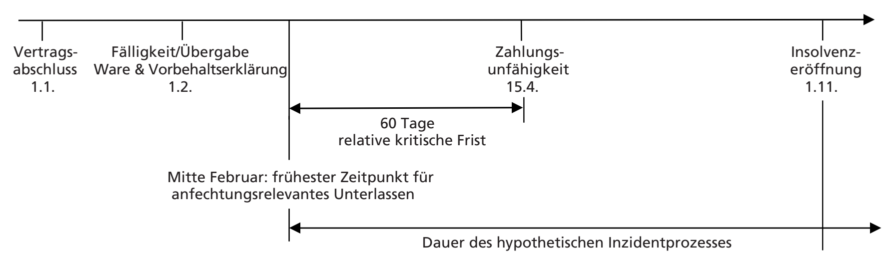
2. Zu bedenken ist im Zusammenhang mit dem zeitlichen Rahmen jedoch noch ein weiterer Punkt: Nach herrschender Auffassung[1650] muss die angefochtene Unterlassung für die Vermögensminderung der Masse **kausal** gewesen sein. Im Anfechtungsprozess hat der Richter daher in einem „hypothetischen Inzidentprozess" zu prüfen, ob ein Tätigwerden des Schuldners anstelle der angefochtenen Unterlassung tatsächlich dazu geführt hätte, dass die Vermögensminderung entfällt[1651]. In der hier interessierenden Konstellation tritt diese Vermögensminderung – wie erwähnt – dadurch ein, dass der Verkäufer eine insolvenzfeste Position erheischt (Aussonderungsrecht/Masseforderung); diese Position des Verkäufers hängt davon ab, ob er im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch Eigentümer war oder nicht. Damit die angefochtene Unterlassung für die Vermögensminderung kausal war, muss feststehen, dass das gebotene Tätigwerden des Käufers (Schuldners), das heißt die Geltendmachung des fälligen Übereignungsanspruchs, dazu geführt hätte, dass der Verkäufer (Anfechtungsgegner) rechtzeitig, also vor Insolvenzeröffnung, das Eigentum verloren hätte. Ob davon im hypothetischen Kausalverlauf auszugehen ist, wird von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Entscheidend ist dabei, wann ein rechtskräftiges, die Einwilligung in die Eigentumsübertragung ersetzendes (§ 367 EO) Urteil gegen den Anfechtungsgegner (Verkäufer) zu erreichen gewesen wäre. Nur wenn dieser hypothetische Zeitpunkt vor der Insolvenzeröffnung angesetzt werden kann, ist die vom Käufer (Schuldner) unterlassene Durchsetzung des Übereignungsanspruchs für die Vermögensminderung kausal gewesen. Bei Prüfung der kritischen Frist ist demnach bedeutsam, ob das gebotene Tätigwerden des Käufers rechtzeitig zum Ziel (Eigentumsübergang vor Insolvenzeröffnung) geführt hätte. Hält man es für erforderlich, dass der Übereignungsanspruch gerichtlich durchgesetzt wird, muss man Rechtzeitigkeit und damit Kausalität in vielen Fällen wohl verneinen: Die unterlassene Rechtshandlung darf nämlich nicht früher als sechs Monate (§ 30 Abs 4 IO) beziehungsweise ein Jahr (§ 31 Abs 4 IO) vor Insolvenzeröffnung vorgenommen worden sein; das wird, berücksichtigt man die Dauer des hypothetischen Inzidentprozesses, dem Käufer (Schuldner) nur selten genügen, um ein rechtskräftiges, die Einwilligung in die Eigentumsübertragung ersetzendes Urteil zu erreichen.

1650 *Ehrenzweig*, Kommentar 57; *Lehmann*, KO 306; *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] § 36 KO Rz 1; *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 3.21; *Rebernig* in Konecny, Insolvenzgesetze § 36 IO Rz 2.

1651 *König/Trenker*, Anfechtung[6] Rz 3.31.

3. Wiederum soll dieser Gedankengang anhand eines **Beispiels** veranschaulicht werden:

Am 1. Jänner verkauft G dem S eine Maschine. Die Lieferung ist am 1. Februar fällig; der Kaufpreis am 1. Dezember. Bei Vertragsabschluss befindet sich der Käufer S bereits in schlechten Vermögensverhältnissen im Sinne von § 1052 Satz 2 ABGB, was dem Verkäufer G erkennbar war. Zum Fälligkeitszeitpunkt (1. Februar) übergibt der Verkäufer G die Ware an S; dabei erklärt G gegenüber S einseitig den Eigentumsvorbehalt. S wird am 15. April zahlungsunfähig. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen von S wird am 1. November eröffnet. Der Insolvenzverwalter beabsichtigt, die vom Käufer S (Schuldner) unterlassene Durchsetzung des Übereignungsanspruchs wegen inkongruenter Deckung anzufechten.



Beispiel 3: Vom Käufer unterlassene Durchsetzung des Übereignungsanspruchs als anfechtbare Rechtshandlung | hypothetischer Inzidentprozess endet nach Insolvenzeröffnung | angefochtene Unterlassung war nicht kausal für Vermögensminderung der Masse.

Im Rahmen der Anfechtung wegen inkongruenter Deckung sind nur solche Rechtshandlungen relevant, die **nicht früher als 60 Tage vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit** vorgenommen wurden. Daher kommen auch Unterlassungen des Schuldners vor diesem Zeitpunkt nicht als Gegenstand der Anfechtung in Betracht; frühester Zeitpunkt für ein anfechtungsrelevantes Unterlassen des Schuldners ist im Beispielsachverhalt daher Mitte Februar (60 Tage vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit am 15. April). Im hypothetischen Kausalverlauf ist daher zu diesem Zeitpunkt das gebotene Tätigwerden des Schuldners anzusetzen (Klage gegen den Verkäufer G auf Zustimmung zur Übereignung). Das erscheint allerdings wohl nicht geeignet, um die Sicherstellung des Verkäufers (Gläubigers) rechtzeitig zu beseitigen; dafür wäre nämlich erforderlich, dass der Verkäufer im hypothetischen Kausalverlauf bei Insolvenzeröffnung nicht mehr Eigentümer ist. Das wiederum setzt voraus, dass der hypothetische Inzidentprozess bereits davor mit einem stattgebenden, rechtskräftigen Urteil geendet hätte. Sofern dies nicht angenommen werden kann – was wohl in vielen Fällen der Fall sein wird –, war die vom Käufer (Schuldner) unterlassene Durchsetzung seines Übereignungsanspruchs **nicht kausal** für die bei Insolvenzeröffnung (noch) bestehende Sicherstellung des Verkäufers (Gläubigers) und damit für die Vermögensminderung. Die unterlassene Durchsetzung des Übereignungsanspruchs wäre dann mangels Kausalität **nicht anfechtbar**.

§ 3 Gesamtbetrachtung und Würdigung

1. Erklärt der Verkäufer vor/bei Übergabe, sich das Eigentum vorzubehalten, ist das sachenrechtlich wirksam. Sein Vorbehalt friert die Vertragsabwicklung im Stadium eines beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrages ein. Der Verkäufer manövriert sich damit in eine **insolvenzfeste Position**: Löst der Insolvenzverwalter den Vertrag auf, ist der Verkäufer als Eigentümer zur Aussonderung berechtigt[1652]; bei Vertragseintritt des Insolvenzverwalters ist die offene Kaufpreisforderung des Verkäufers Masseforderung[1653]. Allerdings lassen sich **auf beiden Seiten –** sowohl beim Schuldner (Käufer) als auch beim Gläubiger (Verkäufer) **– Rechtshandlungen** ausmachen, die **anfechtungsrechtlich relevant** sind.

2. Eine anfechtbare Rechtshandlung des **Verkäufers** ist in seiner **Vorbehaltserklärung** vor/bei Übergabe zu sehen. Dadurch erlangt er Sicherstellung seiner Ansprüche gegen den Käufer (Schuldner) – sowohl für den Fall der Vertragsauflösung (Aussonderungsrecht) als auch bei Vertragseintritt des Insolvenzverwalters (Masseforderung). Da der Verkäufer nach dem Kaufvertrag zur Vorleistung verpflichtet ist, weicht die Deckung, die er durch den einseitig erklärten Vorbehalt erlangt, von seiner materiellen Berechtigung ab; es handelt sich also um eine Deckung, „die er nicht [...] zu beanspruchen hatte“ (§ 30 Abs 1 Z 1 IO). Der Insolvenzverwalter kann die Vorbehaltserklärung daher wegen **Inkongruenz** anfechten. Hat der Verkäufer die Vorbehaltserklärung innerhalb der kritischen Frist abgegeben, ist Anfechtbarkeit unproblematisch zu bejahen. Hat er den Vorbehalt jedoch außerhalb der kritischen Frist erklärt, ist entscheidend, ob seine Eigentumsverschaffungspflicht innerhalb der kritischen Frist fällig war; ist dies der Fall, kann der Insolvenzverwalter anfechten.

Die durch die Vorbehaltserklärung herbeigeführte Sicherstellung des Verkäufers kann auch wegen **Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit** angefochten werden. Das setzt voraus, dass der Verkäufer die Vorbehaltserklärung in den letzten sechs Monaten vor Insolvenzeröffnung und außerdem entweder nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach dem Insolvenzeröffnungsantrag abgegeben hat.

1652 Oben S 129 FN 549.

1653 Zusammenfassend dazu oben 3. Kapitel § 5 D; S 390 ff.

3. Grundsätzlich ebenfalls anfechtbar ist es, dass der **Käufer (Schuldner)** es **unterlassen** hat, seinen **fälligen Übereignungsanspruch durchzusetzen**. Auch dadurch erlangt der Verkäufer (inkongruente) Deckung. Die Unterlassung bewirkt eine Sicherung vermögensrechtlicher Ansprüche gegen den Schuldner, was sie nach § 36 IO anfechtbar macht. Als Anfechtungstatbestände kommen wiederum Anfechtung wegen Inkongruenz und wegen Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit in Betracht. Will der Insolvenzverwalter die vom Käufer (Schuldner) unterlassene Durchsetzung des Übereignungsanspruchs anfechten, wird allerdings wohl häufig die **Kausalität** der Unterlassung problematisch sein: Als gebotenes Tun kommt in der Regel wohl nur in Betracht, dass der Käufer die Übereignung klageweise durchsetzt; somit ist zu prüfen, ob der hypothetische Inzidentprozess über diese Klage des Käufers rechtzeitig, das heißt vor Insolvenzeröffnung, zum rechtskräftigen Eigentumsübergang an den Käufer geführt hätte; nur in diesem Fall sind Kausalität und daher Anfechtbarkeit der Unterlassung zu bejahen.

4. Bei Gesamtbetrachtung dieser Ergebnisse mag man vielleicht Zweifel daran anmelden, ob die in dieser Untersuchung vorgestellten Thesen in sich konsistent sind: Beurteilt man die **Vorbehaltserklärung** nämlich grundsätzlich als anfechtbar (§§ 27 ff IO), erhebt sich die Frage, welchen Sinn es macht, über deren **sachenrechtliche Wirksamkeit** nachzudenken. Denn unter dem Strich – so könnte argumentiert werden – führt die erfolgreiche Anfechtung nämlich ohnehin jenen Zustand herbei, der bestünde, wenn man den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt als sachenrechtlich unwirksam beurteilt. Eine solche Sichtweise greift jedoch zu kurz; der darauf beruhende Einwand ist unberechtigt. Zwar trifft es zu, dass mit erfolgreicher Anfechtung die wesentlichen Wirkungen des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts entfallen, der Verkäufer (Gläubiger) verliert also seine insolvenzfeste Position. Allerdings lassen die Regeln der Insolvenzanfechtung diese Konsequenz nur eingreifen, wenn die im Anfechtungsrecht festgelegten Regeln dies verlangen; besonders Bedacht zu nehmen ist dabei auf die **Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners**[1654]. Hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zur Lösung, die allein anhand der Regeln des allgemeinen Zivilrechts, insbesondere des Sachenrechts beurteilt, ob der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt wirksam ist. Nach dem hier entwickelten Modell entscheidet sich erst anhand der Regeln und Wertungen des Anfechtungsrechts, ob der Verkäufer mithilfe der Vorbehaltserklärung in den sicheren Hafen einlaufen kann. Es kommt also erst auf anfechtungsrechtlicher Ebene zum Schwur. Die so erzielten Ergebnisse können von der Beurteilung abweichen, die von der bisherigen, rein sachenrechtlich geprägten Auffassung vorgegeben ist.

1654 Siehe nur die Nachweise oben S 412 bei und in FN 1569.

5. Darüber hinaus erscheint der hier vorgestellte Ansatz auch deswegen vorzugswürdig, weil die damit erzielten Ergebnisse stärker die jeweilige Interessenlage im Einzelfall ins Kalkül einbeziehen. Nach klassischer Sichtweise sind für die Behandlung des Verkäufers in der Käuferinsolvenz bloß die Regeln des allgemeinen Zivilrechts, insbesondere des Sachenrechts entscheidend. Demgegenüber ermittelt das hier vorgestellte Prüfungsschema die Rechtsstellung des Verkäufers anhand der **speziellen insolvenzrechtlichen**, im Anfechtungsrecht festgeschriebenen **Wertungen**. Danach sind Schutzwürdigkeit des Verkäufers (Anfechtungsgegners) einerseits und die Befriedigungsrechte der übrigen Gläubiger andererseits im Einzelfall gegeneinander abzuwägen; das positive Recht formuliert eine Vielzahl von Kriterien, die bei dieser Abwägung eine Rolle spielen. Die **Insolvenzanfechtung** geht – um es mit einer treffenden Formulierung von *Paulus*[1655] auszudrücken – **behutsam und unter umfassender Abwägung der von der Insolvenz berührten Interessen** vor. Eine solche fein differenzierende Prüfung anhand gesetzlicher Wertungen, die speziell für die Situation eines unzureichenden Haftungsfonds zugeschnitten sind, ist einer rein sachenrechtlich begründeten Lösung überlegen. Erst auf dem Prüfstein des Anfechtungsrechts sollte darüber zu entscheiden sein, ob Ansprüche eines Verkäufers, der einseitig einen Eigentumsvorbehalt erklärt hat, in der Insolvenz Bestand haben. Das hier entwickelte Prüfungsschema verspricht also eine höhere Treffsicherheit bei der Suche nach sachgerechten, den Wertungen des positiven Rechts verpflichteten Lösungen.

1655 *Paulus*, FS Uhlenbruck 33 (47).

Wesentliche Ergebnisse

1. Um zu beurteilen, ob der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt sachenrechtlich wirksam ist, muss man über das Wesen und vor allem über die **Bindungswirkung der dinglichen Einigung** Klarheit haben. In welchem Ausmaß der Erwerber auf Inhalt und Bestand der dinglichen Einigung vertrauen darf, determinieren die zwingenden sachenrechtlichen Grundsätze zum derivativen Rechtserwerb. Eine wesentliche Einschränkung folgt aus dem Traditionsprinzip: Der Erwerber kann auch nachdem die dingliche Einigung zustande gekommen ist, nicht sicher sein, Eigentümer zu werden, solange ihm die Sache nicht übergeben wurde. Das Sachenrecht verlangt ferner, dass der Veräußerer im Zeitpunkt der Übergabe verfügungsbefugt ist; daher kann er – durch Zwischenverfügungen zugunsten Dritter – den Rechtserwerb des anderen Teils selbst dann einseitig vereiteln, wenn er die Sache übergibt. Der Erwerber darf somit nicht einmal bei erfolgter Übergabe darauf vertrauen, tatsächlich Eigentum zu erwerben. Im Lichte dieser sachenrechtlichen Grundsätze kann die dingliche Einigung kein schutzwürdiges Vertrauen des Erwerbers auf Rechtserwerb begründen. Es ist daher nicht gerechtfertigt, ihr Bindungswirkung beizulegen; der Veräußerer kann sie **frei widerrufen** (2. Kapitel § 3 B; S 64 ff).

2. Dass der Veräußerer die dingliche Einigung frei widerrufen kann, ist bedeutsam, wenn die **sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts** zu beurteilen ist. Da es dem Veräußerer bis zur Übergabe möglich ist, eine bereits unbedingt – also unabhängig von der vollständigen Kaufpreiszahlung – zustande gekommene Einigung über den Eigentumserwerb zu widerrufen, kann er bis zur Übergabe erklären, Eigentum nicht oder erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung zu übertragen. Die einseitige Vorbehaltserklärung des Veräußerers ist daher sachenrechtlich wirksam – gleich, ob sie vertragskonform (§ 1052 ABGB) erfolgt oder ob er dadurch eine fällige Leistungspflicht verletzt (2. Kapitel § 4; S 123 ff).

3. Der hier vorgestellte Ansatz führt die **Regelungsprinzipien**, die beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt tangiert sind, in einem **harmonischen Verständnis** zusammen: Auf der einen Seite stehen **Privatautonomie** und **Vertragstreue**, auf der anderen das **Traditionsprinzip** und die **Verfügungs-**

befugnis als Voraussetzung des derivativen Rechtserwerbs. Diese schuld- und sachenrechtlichen Regelungsprinzipien stehen nicht im Verhältnis von Über- und Unterordnung zueinander; ebenso wenig ist es erforderlich, sie gegeneinander abzuwägen. Vielmehr ist die Reichweite der Vertragstreue schon dadurch eingeschränkt, dass sie eine Erklärung voraussetzt, die ein von der Rechtsordnung geschütztes Vertrauen des anderen Teils begründet. Die so verstandene und in ihrer Reichweite eingegrenzte Vertragstreue ist mit den sachenrechtlichen Grundsätzen der Eigentumsübertragung zu verknüpfen. Dabei kommt es zu keiner Prinzipienkollision. Dass der Veräußerer die dingliche Einigung widerrufen kann, folgt nämlich bereits aus der präzisen Bestimmung des Vertrauens, das die dingliche Einigung beim Erwerber hervorzurufen vermag und das für die Reichweite der Vertragstreue entscheidend ist. Es liegt also keine (gesondert zu begründende) Prinzipiendurchbrechung vor (2. Kapitel § 4.3; S 123 f).

4. Schlägt man den damit aufgezeigten dogmatischen Weg ein, um den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt zu beurteilen, kann man so der im österreichischen Schrifttum intensiv ausgetragenen Kontroverse ausweichen. Als Angelpunkt für die sachenrechtliche Wirksamkeit der einseitigen Vorbehaltserklärung betrachtet das herrschende Verständnis den **Zeitpunkt**, in dem die **dingliche Einigung** zustande kommt. Nach einer Auffassung fällt dieser Zeitpunkt regelmäßig mit dem Verpflichtungsgeschäft (Grundgeschäft) zusammen; fehlt es an einer Vorbehaltsabrede im Verpflichtungsgeschäft, so komme auch die dingliche Einigung unwiderrufbar und unbedingt zustande; die Übergabe sei nur noch ein Realakt. Die Gegenansicht argumentiert, die dingliche Einigung liege nicht schon im Verpflichtungsgeschäft, sondern könne in der Regel erst bei Übergabe zustande kommen. Nach dem hier entwickelten Ansatz ist hingegen **nicht bedeutsam**, zu welchem Zeitpunkt die dingliche Einigung zustande kommt. Der Meinungsstreit, der bisher energisch geführt wurde und die Behandlung des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts geprägt hat, lässt sich damit beiseiteschieben (2. Kapitel § 4.4; S 124 f).

5. Hängt man dem bisherigen Lösungsweg an, kommt noch eine weitere Schwierigkeit hinzu; sie resultiert aus der Notwendigkeit, den Zeitpunkt des Zustandekommens der dinglichen Einigung zu bestimmen und ist vor allem in der Rechtspraxis als nachteilig zu bewerten: Vertreter beider Ansichten stellen hinsichtlich des relevanten Zeitpunkts bloß eine **Zweifelsregel** auf; im konkreten Fall – so wird auf beiden Seiten eingeräumt – könne es auf Grund der Umstände, also auf Grund der konkreten Parteienvereinbarung zu abweichenden Ergebnissen kommen. Nimmt man demnach eine bloße Zweifelsregel an, ist nicht zu vermeiden, dass die sachenrechtliche Wirkung von Vorbehaltserklärungen in der Praxis stets vom konkreten Einzelfall abhängt. Damit geht eine **Rechtsunsicherheit** einher, die im gegebenen Zusammenhang besonders unangenehm zu Buche schlägt: Zum einen, weil von dieser

Rechtsfrage der schnelllebige und daher auf Rechtsklarheit angewiesene unternehmerische Verkehr stark betroffen ist. Zum anderen, weil bei Fragen der sachenrechtlichen Güterzuordnung das Bedürfnis des Verkehrs nach Klarheit der Rechtslage generell als sehr hoch anzusetzen ist. Derartigen gesteigerten Anforderungen rein „technischer" Natur ist ebenfalls Gewicht beizumessen, wenn mehrere Lösungsmöglichkeiten vertretbar sind und sich die Frage stellt, welcher der Vorzug zu geben ist. Die hier vorgestellte Lösung (freie Widerrufbarkeit der dinglichen Einigung) erweist sich nicht zuletzt deswegen als vorzugswürdig, weil sie auch diesen, in den Bedürfnissen der Rechtspraxis angesiedelten Nachteil der bisher vertretenen Standpunkte beseitigt: Definiert man den Inhalt der dinglichen Einigung ausgehend von den zwingenden sachenrechtlichen Grundsätzen, ist die dingliche Einigung in jedem Fall frei widerrufbar; die Ergebnisse bei Beurteilung des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts sind für die Rechtspraxis daher vorhersehbar (2. Kapitel § 4.5; S 125).

6. Sieht man den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt als sachenrechtlich wirksam an, ist damit noch nicht beantwortet, welche **Konsequenzen** dies **in der Käuferinsolvenz** nach sich zieht. Zu differenzieren ist dabei zwischen zwei Konstellationen: Der Kaufvertrag wird aufgelöst, weil der Insolvenzverwalter die **weitere Erfüllung ablehnt** (ein Rücktritt des Verkäufers kommt nicht in Betracht); oder er kann in den Kaufvertrag eintreten (§ 21 IO). Bei Vertragsauflösung ist der Vorbehaltsverkäufer in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers als Eigentümer zur **Aussonderung** berechtigt (3. Kapitel § 1 A; S 129 ff).

7. Tritt der Insolvenzverwalter in den Vertrag ein, bleibt der Kaufvertrag von der Insolvenzeröffnung unberührt und besteht mit seinem bisherigen Inhalt fort. Bei **aufrechtem Vertrag** steht der Insolvenzmasse infolge der noch ausstehenden Eigentumsübertragung ein **fälliger Übereignungsanspruch** gegen den Verkäufer zu, während der Verkäufer eine offene **Kaufpreisforderung** gegen die Insolvenzmasse geltend machen kann. Für den Verkäufer ist dabei entscheidend, ob er trotz seiner Vorleistungspflicht hinsichtlich des Kaufpreises als **Massegläubiger** nach § 46 Z 4 IO behandelt wird oder nicht. Hat der Verkäufer einseitig den Eigentumsvorbehalt erklärt, ist er einem Gläubiger gleichzuhalten, der einen vom Schuldner (Käufer) zu beanspruchenden Vermögenswert (vorbehaltenes Eigentum) noch „in Händen hält". In der Regel begründet diese – in einem weiten Sinn zu verstehende – **Gläubigergewahrsame** an einem vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert **Dispositionsentziehung**: Weder kann der Schuldner über diesen Vermögenswert zugunsten Dritter verfügen noch können andere Gläubiger auf diesen Teil des schuldnerischen Haftungsfonds exekutiv zugreifen. Infolge dieser Dispositionsentziehung kann sich der innehabende Gläubiger sicher sein, dass der Vermögenswert jedenfalls (auch in Zukunft) Teil des schuldnerischen Haftungsfonds bleiben wird. Das rechtfertigt es, das

Befriedigungsrecht des innehabenden Gläubigers (etwa eines Faustpfandgläubigers) in der Insolvenz gegenüber den Befriedigungsrechten anderer Gläubiger zu bevorzugen. Man kann prägnant vom **Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung durch Gläubigergewahrsame** sprechen (3. Kapitel § 4 C; S 237 ff).

8. Der Verkäufer, der einseitig den Eigentumsvorbehalt erklärt hat, befindet sich wegen der fälligen Eigentumsverschaffungspflicht allerdings in **Verzug**. Seine Gläubigergewahrsame ist daher (schlicht) unberechtigt und bewirkt keine **Dispositionsentziehung**: Der Käufer kann über den fälligen Übereignungsanspruch gegen den Verkäufer und damit über den darin liegenden Vermögenswert zugunsten Dritter verfügen (Abtretung); ebenso kann er auf Zustimmung zur Übereignung an ihn selbst klagen und ferner können andere Gläubiger exekutiv auf den vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert greifen (Anspruchsexekution nach § 338 EO). Somit kann der Verkäufer nicht darauf vertrauen, dass das bei ihm verbliebene Eigentum Teil des schuldnerischen Haftungsfonds bleiben und ihm als Objekt seines (bevorzugten) Befriedigungsrechts zur Verfügung stehen wird. Er muss vielmehr mit der „ätherischen Flüchtigkeit" dieses Vermögenswerts und mit konkurrierenden Befriedigungsrechten anderer Gläubiger rechnen. Das Prinzip der Gläubigerprivilegierung infolge Dispositionsentziehung rechtfertigt es daher nicht, den Verkäufer, der sich in Verzug befindet, in der Käuferinsolvenz zu privilegieren (3. Kapitel § 5 B.I und II; S 329 ff).

9. Damit ist es beim einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt nicht möglich, den Verkäufer auf Grund der Dispositionsentziehung zu privilegieren. Es kommt allerdings immer noch eine **Privilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen** in Betracht. Ausgangspunkt ist dabei, dass das Privatrecht im Notzurückbehaltungsrecht (§ 370 UGB), in den erweiterten Aufrechnungsmöglichkeiten in der Insolvenz (§ 19 Abs 2 Satz 1 IO analog) und im Verfolgungsrecht (§ 45 IO) sogenannte **Notsicherungsbehelfe** zur Verfügung stellt. Danach ist ein Gläubiger, der einen vom Schuldner zu beanspruchenden Vermögenswert in seiner Gewahrsame hat, in Notlagen auch ohne Dispositionsentziehung privilegiert. Voraussetzung ist, dass (i) sich der (vom Schuldner zu beanspruchende) Vermögenswert tatsächlich noch in Gläubigergewahrsame befindet – mag diese Gläubigergewahrsame auch schlicht unberechtigt sein (etwa wegen Fälligkeit) – und dass (ii) der im Leistungsanspruch liegende Vermögenswert nicht bereits zuvor (durch Verfügungen des Schuldners oder exekutive Zugriffe anderer Gläubiger) dem schuldnerischen Haftungsfonds wirtschaftlich betrachtet verloren gegangen ist (3. Kapitel § 5 B.III, IV und V; S 346 ff).

10. Übertragen auf die Konstellation des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts bedeutet dies konkret: Eine Privilegierung des Verkäufers (Gläubigers) setzt voraus, dass ihm bei Insolvenzeröffnung das vom Käufer (Schuld-

ner) zu beanspruchende **Eigentumsrecht immer noch** zusteht; der Käufer darf den (fälligen) Übereignungsanspruch also noch nicht durchgesetzt haben. Befindet sich der im Eigentumsrecht liegende und vom Käufer (Schuldner) zu beanspruchende Vermögenswert noch „in den Händen" des Verkäufers (Gläubigers), ist der Verkäufer insolvenzrechtlich privilegiert; das Prinzip der Privilegierung infolge Gläubigergewahrsame in Notlagen rechtfertigt es, den Gleichbehandlungsgrundsatz zu durchbrechen. Dafür sehen die als Analogiebasis herangezogenen Notsicherungsbehelfe unterschiedliche Rechtsfolgen vor (§ 370 UGB: „echtes" Zurückbehaltungsrecht; § 19 Abs 2 IO: Aufrechnungsmöglichkeit; § 45 IO: Aussonderungsrecht). Beim beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrag ist die Privilegierung dadurch zu erreichen, dass der Gläubiger die **Gegenleistung**, die ihm für die Leistung/Herausgabe des noch in seiner Gewahrsame befindlichen Vermögenswerts gebührt, **als Masseforderung** geltend machen kann. Für den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt folgt daraus, dass es teleologisch geboten ist, § 46 Z 4 in Verbindung mit § 21 IO dem Wortlaut entsprechend auszulegen (dass sich also eine teleologische Reduktion verbietet): Tritt der Insolvenzverwalter in den Vertrag ein und verlangt er vom Verkäufer die Übereignung, muss er den Verkäufer hinsichtlich der offenen Kaufpreisforderung als Massegläubiger behandeln. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der Verkäufer **vorleistungspflichtig** war und ihm bei Begründung der Vorleistungspflicht die **schlechten Vermögensverhältnisse erkennbar** waren, sodass ihm daher keine Unsicherheitseinrede (§ 1052 Satz 2 ABGB) zusteht (3. Kapitel § 5 D; S 390 ff).

11. Zwar verfügt der Verkäufer, der einseitig den Eigentumsvorbehalt erklärt hat, somit jedenfalls über eine insolvenzfeste Position (Vertragsauflösung: Aussonderung; Vertragseintritt: Masseforderung), doch lassen sich sowohl beim Schuldner (Käufer) als auch beim Gläubiger (Verkäufer) **Rechtshandlungen** ausmachen, die **anfechtungsrechtlich relevant** sind (4. Kapitel § 1; S 397 ff).

12. Die **Erklärung des Verkäufers** vor/bei Übergabe, sich das Eigentum vorzubehalten, ist als Rechtshandlung anfechtbar. Dadurch erlangt er als Gläubiger **Sicherstellung** seiner Ansprüche gegen den Schuldner – sowohl bei Vertragsauflösung (Aussonderungsrecht) als auch, wenn der Insolvenzverwalter in den Vertrag eintritt (Masseforderung). Da der Verkäufer vertraglich zur Vorleistung verpflichtet ist, verschafft ihm der einseitig erklärte Vorbehalt eine von ihm „nicht in der Zeit zu beanspruchende" und somit **inkongruente Deckung**. Gibt er die Vorbehaltserklärung innerhalb der kritischen Frist ab, ist sie ohne weiteres anfechtbar. Hat er den Vorbehalt außerhalb der kritischen Frist erklärt, ist entscheidend, ob seine Eigentumsverschaffungspflicht innerhalb der kritischen Frist fällig ist; ist das der Fall, kann der Insolvenzverwalter die Vorbehaltserklärung anfechten. Grundsätzlich ist die Sicherstellung, die der Verkäufer infolge der Vorbehaltserklärung erlangt

hat, auch wegen **Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit** anfechtbar (4. Kapitel § 2 B; S 407 ff).

13. Grundsätzlich ebenfalls anfechtbar ist schließlich, dass es der **Schuldner (Käufer) unterlassen** hat, seinen fälligen **Übereignungsanspruch durchzusetzen**. Die unterlassene Rechtshandlung verschafft dem Gläubiger (Verkäufer) ebenfalls Deckung. Er erlangt eine Sicherung seiner vermögensrechtlichen Ansprüche gegen den Schuldner; damit ist eine Anfechtung nach § 36 IO möglich. Als Anfechtungstatbestand kommt wiederum **inkongruente Deckung** (§ 30 IO) und **Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit** (§ 31 Fall 1 IO) in Betracht. Wird die vom Schuldner (Käufer) unterlassene Durchsetzung seines Übereignungsanspruchs angefochten, muss die Unterlassung für einen Vermögensverlust beim Schuldner kausal gewesen sein: In der hier interessierenden Situation besteht das für den Schuldner (Käufer) gebotene Tun darin, seinen Übereignungsanspruch gegen den Gläubiger (Verkäufer) klageweise durchzusetzen. Das Unterlassen ist für den Vermögensverlust nur kausal, wenn der hypothetische Inzidentprozess rechtzeitig, das heißt vor Insolvenzeröffnung, zum rechtskräftigen Eigentumsübergang an den Schuldner geführt hätte; nur unter dieser Voraussetzung ist die Unterlassung anfechtbar (4. Kapitel § 2 C; S 426 ff).

14. Dass man die Vorbehaltserklärung als nach §§ 27 ff IO anfechtbar beurteilt, beraubt die – hier vertretene – sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts nicht ihrer Relevanz. Zwar trifft es zu, dass mit erfolgreicher Anfechtung die wesentlichen Wirkungen des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts entfallen, der Verkäufer (Gläubiger) verliert also seine insolvenzfeste Position. Allerdings lassen die Regeln der Insolvenzanfechtung diese Konsequenz nur eingreifen, wenn die im Anfechtungsrecht festgelegten Regeln dies verlangen; dabei ist besonders auf die **Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners** Bedacht zu nehmen. Hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zur Lösung, die allein anhand der Regeln des allgemeinen Zivilrechts, insbesondere des Sachenrechts beurteilt, ob der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt wirksam ist. Nach dem hier entwickelten Modell entscheiden erst die Regeln und Wertungen des Anfechtungsrechts darüber, ob der Verkäufer mithilfe der Vorbehaltserklärung in den sicheren Hafen einlaufen kann. Es kommt also erst auf anfechtungsrechtlicher Ebene zum Schwur. Die so erzielten Ergebnisse können von der Beurteilung abweichen, wie sie die bisherige, rein sachenrechtlich geprägte Auffassung vorgibt (4. Kapitel § 3.4; S 434).

15. Darüber hinaus ist der hier vorgestellte Ansatz auch deswegen vorzugswürdig, weil die damit erzielten Ergebnisse stärker die jeweilige Interessenlage im Einzelfall ins Kalkül einbeziehen. Nach klassischer Sichtweise sind für die Behandlung des Verkäufers in der Käuferinsolvenz bloß die Regeln des allgemeinen Zivilrechts, insbesondere des Sachenrechts entscheidend.

Demgegenüber ermittelt das hier vorgestellte Prüfungsschema die Rechtsstellung des Verkäufers anhand der **speziellen insolvenzrechtlichen**, im Anfechtungsrecht festgeschriebenen **Wertungen**. Danach sind Schutzwürdigkeit des Verkäufers (Anfechtungsgegners) einerseits und die Befriedigungsrechte der übrigen Gläubiger andererseits im Einzelfall und anhand einer Vielzahl von Kriterien gegeneinander abzuwägen. Das Anfechtungsrecht geht behutsam und unter umfassender Abwägung der von der Insolvenz berührten Interessen vor. Eine solche fein differenzierende Prüfung anhand gesetzlicher Wertungen, die speziell für die Situation eines unzureichenden Haftungsfonds zugeschnitten sind, ist einer rein sachenrechtlich begründeten Lösung überlegen. Das hier entwickelte Prüfungsschema verspricht also eine höhere Treffsicherheit bei der Suche nach sachgerechten, den Wertungen des positiven Rechts verpflichteten Lösungen (4. Kapitel § 3.5; S 435).

Literaturverzeichnis

Adler, Emanuel, Das Publicitäts-Princip im österreichischen Tabularrechte (1899); wird zitiert: *E. Adler*, Publicitäts-Prinzip [Seite].

Adler, Karl, Die Leistungsverweigerung nach § 320 BGB mit besonderer Rücksicht auf den Handelskauf, in: FS Zitelmann (1913) 1 ff; wird zitiert: *K. Adler*, FS Zitelmann [Seite].

Affolter, A., Zur Lehre vom Vertrage, ArchBR 8 (1894) 1 ff; wird zitiert: *Affolter*, ArchBR 8, [Seite].

Affolter, A., Das verzinsliche Darlehen, ArchBR 26 (1905) 1 ff; wird zitiert: *Affolter*, ArchBR 26, [Seite].

Aigner, Thomas, Der Eigentumsvorbehalt (2015); wird zitiert: *Aigner*, Eigentumsvorbehalt [Seite].

Aigner, Thomas, Die Verpfändung mittels Übergabe durch Zeichen, deren Entfernung und Wiederanbringung, ÖJZ 2016, 293 ff; wird zitiert: *Aigner*, ÖJZ 2016, [Seite].

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte[9] (2020); wird zitiert: *Alexy*, Grundrechte[9] [Seite].

Alexy, Robert, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: Schilcher, Bernd/Koller, Peter/Funk, Bernd-Christian (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000) 31 ff; wird zitiert: *Alexy* in Schilcher/Koller/Funk, System des Rechts [Seite].

Andres, Dirk/Liethaus, Rolf/Dahl, Michael (Hrsg), Insolvenzordnung Kommentar[4] (2018); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Andres/Leithaus/Dahl, InsO[4] [§] [Rz].

Angst, Peter/Oberhammer, Paul (Hrsg), Exekutionsordnung[3] (2015); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Angst/Oberhammer, EO[3] [§] [Rz].

Anhalt, Peter, Allgemeine Verfahrensgrundsätze und Ausforschungsbeweis (1966); wird zitiert: *Anhalt*, Verfahrensgrundsätze [Seite].

Apathy, Peter, Schadenersatz und Rücktritt bei Annahmeverzug, JBl 1982, 561 ff; wird zitiert: *Apathy*, JBl 1982, [Seite].

Apathy, Peter, Art. 401 OR und die Treuhand im österreichischen Recht, in: Harrer, Friedrich/Portmann, Wolfgang/Zäch, Roger (Hrsg), Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag. Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme (2002) 467 ff; wird zitiert: *Apathy*, FS Honsell [Seite].

Apathy, Peter, Der Verkauf „reisender Ware“, RdW 2003, 299 f; wird zitiert: *Apathy*, RdW 2003, [Seite].

Apathy, Peter, Gesamtrechtsnachfolge und Pfandrechtsbegründung, in: Fischer-Czermak, Constanze/Kletečka, Andreas/Schauer, Martin (Hrsg), Festschrift für Rudolf Welser zum 65. Geburtstag (2004) 17 ff; wird zitiert: *Apathy*, FS Welser [Seite].

Apathy, Peter, Probleme der Treuhand, ÖJZ 2006, 221 ff; wird zitiert: *Apathy*, ÖJZ 2006, [Seite].

Apathy, Peter/Iro, Gert/Koziol, Helmut (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² Bd II (2008) und Bd IX (2012); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht² [Band] [Rz].

Apel, Johann, Methodica dialectices ratio, ad iurisprudentiam accomodata (1535); wird zitiert: *Apel*, Methodica [Seite].

Artmann, Eveline (Hrsg), Kommentar zum UGB³ I (2019); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Artmann, UGB³ [§] [Rz].

Asch, Arthur, Zum Recht des Grundgeschäfts beim Eigentumsvorbehalt, AcP 139 (1934) 201 ff; wird zitiert: *Asch*, AcP 139, [Seite].

Asch, Arthur, Die Vertragspflichten beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, AcP 140 (1935) 183 ff; wird zitiert: *Asch*, AcP 140, [Seite].

Astner, Bernhard, Die Anfechtung der inkongruenten Deckung (2006); wird zitiert: *Astner*, Inkongruente Deckung [Seite].

Avancini, Peter/Iro, Gert/Koziol, Helmut, Österreichisches Bankvertragsrecht, Band II (1993); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht¹ II [Rz].

Bachmann, Christian, Die Anfechtung kongruenter Befriedigungen und Sicherstellungen nach §§ 28, 30 und 31 KO, ZIK 1996, 3 ff; wird zitiert: *Bachmann*, ZIK 1996, [Seite].

Bähr, Otto, Die preußischen Gesetzentwürfe über die Rechte an Grundvermögen, JherJB 11 (1871) 1 ff; wird zitiert: *Bähr*, JherJB 11, [Seite].

Baier, Kurt, Bedeutung und Zweck der Tradition bei der Eigentumsübertragung, RZ 1971, 127 ff; wird zitiert: *Baier*, RZ 1971, [Seite].

Baier, Kurt, Der dingliche Vertrag bei der Eigentumsübertragung, ÖJZ 1973, 200 ff; wird zitiert: *Baier*, ÖJZ 1973, [Seite].

Barta, Heinz, „Stillschweigender“ Kauf auf Borg? in: Horak, Franz/Waldstein, Wolfgang (Hrsg), Festgabe für Arnold Herdlitczka zu seinem 75. Geburtstag (1972) 11 ff; wird zitiert: *Barta*, FS Herdlitzcka [Seite].

Bartels, Steve, An Abstract or a Causal System, in: Lurger, Brigitta/Faber, Wolfgang (Hrsg), Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonization or National Reforms? (2008) 59 ff; wird zitiert: *Bartels*, Transfer of Movables [Seite].

Bartsch, Heinrich, Das österreichische allgemeine Grundbuchsgesetz in seiner praktischen Anwendung (1933); wird zitiert: *Bartsch*; Grundbuchsgesetz [Seite].

Bartsch, Robert/Pollak, Rudolf, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz[3] (1937); werden zitiert: *Bartsch/Pollak*, KO[3] [Band] [Seite].

Bartsch, Robert/Pollak, Rudolf/Buchegger, Walter (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht. Kommentar Band I[4] (2000); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I[4] [§] [Rz].

Bauer, Joachim, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht. Zugleich zur Dogmatik gesetzlich geschaffener Gläubigerprivilegien am Beispiel des § 32 DepotG, § 13c UStG und des Entwurfs der (vorigen) Bundesregierung eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung der Rechts der Insolvenzanfechtung vom 10. August 2005 (2007); wird zitiert: *Bauer*, Ungleichbehandlung [Seite].

Bauer, Marianne, Zur Publizitätsfunktion des Besitzes bei der Übereignung von Fahrnis, in Gaul, Hans Friedhelm/Habscheid, Walther J./Mikat, Paul (Hrsg), Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch (1976) 1 ff; wird zitiert: *M. Bauer*, FS Bosch [Seite].

Baur, Jürgen F./Stürner, Rolf, Sachenrecht[18] (2009); werden zitiert: *Baur/Stürner*, Sachenrecht[18] [Rz].

Bechmann, August, Der Kauf nach Gemeinem Rechte. Erster Theil: Die Geschichte des Kaufs im Roemischen Recht (1876); wird zitiert: *Bechmann*, Kauf im Roemischen Recht [Seite].

Behr, Volker, Wertverfolgung. Rechtsvergleichende Überlegungen zur Abgrenzung kollidierender Gläubigerinteressen (1986); wird zitiert: *Behr*, Wertverfolgung [Seite].

Beig, Daphne, Die Zession künftiger Forderungen (2008); wird zitiert: *Beig*, Zession [Seite].

Bendix, Ludwig, Zur Auslegung des § 873 BGB, SeuffBl 68 (1903) 193 ff; wird zitiert: *Bendix*, SeuffBl 68, [Seite].

Berger, Christian, Zur Aussonderung aufgrund obligatorischer Herausgabeansprüche, in: Haarmeyer, Hans/Hirte, Heribert/Kirchhof, Hans-Peter/Graf von Westphalen, Friedrich (Hrsg), Verschuldung – Haftung – Vollstreckung – Insolvenz. Festschrift für Gerhart Kreft (2004) 191 ff; wird zitiert: *Berger*, FS Kreft [Seite].

Beyerle, Franz, Der dingliche Vertrag, Festschrift für Gustav Boehmer zum 70. Geburtstag (1954) 164 ff; wird zitiert: *Beyerle*, FS Boehmer [Seite].

Binder, Martin, Sachenrecht. Theorie und systematisch aufbereitete OGH-Fälle (2003); wird zitiert: *Binder*, Sachenrecht [Rz].

Blume, W. von, Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen, JherJB 51 (1907) 1 ff; wird zitiert: *Blume*, JherJB 51, [Seite].

Böhler, Elisabeth, Die Verpfändung von Sparbüchern (1992); wird zitiert: *Böhler*, Verpfändung von Sparbüchern [Seite].

Böhm, Helmut, Der beiderseits unerfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 109 ff; wird zitiert: *H. Böhm*, wobl 1999, [Seite].

Bollenberger, Raimund, Treuhändiger Liegenschaftsverkehr und Konkurs einer Partei, ÖBA 1994, 825 ff; wird zitiert: *Bollenberger*, ÖBA 1994, [Seite].

Bollenberger, Raimund, Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit. Aussonderung durch Anfechtung (1995); wird zitiert: *Bollenberger*, Zahlungsunfähigkeit [Seite].

Bollenberger, Raimund, Zum Inhalt der Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b neu ABGB: Muss der Besteller faktisch ein Vorleistungsrisiko tragen? RdW 2006, 199 ff; wird zitiert: *Bollenberger*, RdW 2006, [Seite].

Bollenberger, Raimund, Ausgewählte Rechtsfragen der Vertragsauflösungssperre nach § 25a IO, in: Konecny, Andreas (Hrsg), Insolvenz-Forum 2010 (2011) 17 ff; wird zitiert: *Bollenberger*, Insolvenz-Forum 2010, [Seite].

Bollenberger, Raimund/Oppitz, Martin (Hrsg), Bankvertragsrecht[3] Band I. Geschäftsbeziehung, Bankgeheimnis, Bankauskunft (2019); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Bollenberger/Oppitz, Bankvertragsrecht[3] I [Rz].

Bonin, Birger, Probleme des vertragswidrigen Eigentumsvorbehalts, JuS 2002, 438 ff; wird zitiert: *Bonin*, JuS 2002, [Seite].

Bonomi, Andrea, Der Eigentumsvorbehalt in Österreich und Italien unter Berücksichtigung anderer europäischer Rechtssysteme (1993); wird zitiert: *Bonomi*, Eigentumsvorbehalt [Seite].

Bork, Reinhard, Zur Dogmatik des § 17 KO, in: Bettermann, Karl-August/Löwisch, Manfred/Otto, Hans-Jörg/Schmidt, Karsten (Hrsg), Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag (1994) 297 ff; wird zitiert: *Bork*, FS Zeuner [Seite].

Bork, Reinhard, Insolvenzanfechtung des Stehenlassens, in: Prütting, Hanns/Vallender, Heinz (Hrsg), Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis – Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck zum 70. Geburtstag (2000) 279 ff; wird zitiert: *Bork*, FS Uhlenbruck [Seite].

Bötticher, Eduard, Die „Selbstexekution“ im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, in: Fasching, Hans W./Kralik, Winfried (Hrsg), Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag (1969) 95 ff; wird zitiert: *Bötticher*, FS Schima [Seite].

Brachmann, H. A., Die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners unter besondrer Berücksichtigung der §§ 15 bis 21, 14 und 44 der Reichskonkursordnung systematisch dargestellt (1883); wird zitiert: *Brachmann*, Rechtsgeschäfte [Seite].

Brandt, Hans, Was folgt aus dem Ende der dinglichen Einigung? DRW 6 (1941) 67 ff; wird zitiert: *Brandt*, DRW 6, [Seite].

Braumüller, Gerhard, Das Zurückbehaltungsrecht in Exekution und Insolvenz (1991); wird zitiert: *Braumüller*, Zurückbehaltungsrecht [Seite].

Braun, Eberhard (Hrsg), Insolvenzordnung[9] (2022); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Braun, InsO[9] [§] [Rz].

Braun, Johann, Vollstreckungsakte gegen Drittbetroffene, AcP 196 (1996) 557 ff; wird zitiert: *Braun*, AcP 196, [Seite].

Brinkmann, Moritz, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen (2011); wird zitiert: *Brinkmann*, Kreditsicherheiten [Seite].

Bruck, Ernst, Die Einigung im Sachenrecht des BGB (1900); wird zitiert: *Bruck*, Einigung im Sachenrecht [Seite].

Buchegger, Walter, Zur Beendigung des Synallagmas in der Insolvenz, in: Ballon, Oskar J./Hagen, Johann J. (Hrsg), Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht – Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag (1993) 49 ff; wird zitiert: *Buchegger*, FS Matscher [Seite].

Buchegger, Walter, Insolvenzrecht[3] (2017); wird zitiert: *Buchegger*, Insolvenzrecht[3] [Seite].

Büchel, Konrad, Ueber die Natur des Pfandrechtes (1833); wird zitiert: *Büchel*, Natur des Pfandrechtes [Seite].

Bülow, Peter, Recht der Kreditsicherheiten[10] (2021); wird zitiert: *Bülow*, Kreditsicherheiten[10] [Rz].

Bunte, Hermann-Josef, Entscheidungsanmerkung zu BGH VIII ZR 36/80 in ZIP 1982, 447; wird zitiert: *Bunte*, ZIP 1982, [Seite].

Burckhard, Max Eugen, System des Österreichischen Privatrechtes – Dritter Theil. Die einzelnen Privatrechtsverhältnisse (1889); wird zitiert: *Burckhard*, System III [Seite].

Burgstaller, Alfred, Das Pfandrecht in der Exekution (1988); wird zitiert: *Burgstaller*, Pfandrecht [Seite].

Butschek, Christian, Die Rechtsstellung des Treugebers bei der uneigennützigen Treuhand. Zugleich eine Besprechung von OGH 15.11.1989, 3 Ob 82/89 = ÖBA 1990, 472 = RdW 1990, 311, JBl 1991, 364 ff; wird zitiert: *Butschek*, JBl 1991, [Seite].

Bydlinski, Franz, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in Dauerschuldverhältnissen, in: Baltl, Hermann (Hrsg), Festschrift Steinwenter (1958) 140 ff; wird zitiert: *F. Bydlinski*, FS Steinwenter [Seite].

Bydlinski, Franz, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht. Verhandlungen des ersten österreichischen Juristentages, Band I (Gutachten) (1961); wird zitiert: *F. Bydlinski*, Gleichheitsgrundsatz [Seite].

Bydlinski, Franz, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967); wird zitiert: *F. Bydlinski*, Privatautonomie [Seite].

Bydlinski, Franz, Die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung nach österreichischem Recht, in: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag (1973) 1027 ff; wird zitiert: *F. Bydlinski*, FS Larenz [Seite].

Bydlinski, Franz, Überflüssiger Eigentumsvorbehalt und schlüssige Argumentation, JBl 1977, 332 ff; wird zitiert: *F. Bydlinski*, JBl 1977, [Seite].

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff[2] (1991); wird zitiert: *F. Bydlinski*, Methodenlehre[2] [Seite].

Bydlinski, Franz, System und Prinzipien des Privatrechts (1996); wird zitiert: *F. Bydlinski*, System und Prinzipien [Seite].

Bydlinski, Franz, Dingliche Sicherung von Waren- und Geldkredit im österreichischen Recht, in: Selim Kaneti'ye Armağan. Festgabe für Prof. Dr. Selim Kaneti. Melanges a la memoire du professeur Selim Kaneti. Memorial Volume in Honour of the Late Prof. Dr. Selim Kaneti (1996) 11 ff; wird zitiert: *F. Bydlinski*, FS Kaneti [Seite].

Bydlinski, Franz, Gegen die „Zeitzündertheorien" bei der Rechtsprechungsänderung nach staatlichem und europäischem Recht, JBl 2001, 2 ff; wird zitiert: *F. Bydlinski*, JBl 2001, [Seite].

Bydlinski, Franz, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004) 309 ff; wird zitiert: *F. Bydlinski*, AcP 204, [Seite].

Bydlinski, Franz, Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht, in: Apathy, Peter/Bollenberger, Raimund/Bydlinski, Peter/Iro, Gert/Karner, Ernst/Karollus, Martin (Hrsg), Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag (2010) 1355 ff; wird zitiert: *F. Bydlinski*, FS Koziol [Seite].

Bydlinski, Peter, Eigentumsvorbehalt und Rücktrittsrecht, RdW 1984, 98; wird zitiert: *P. Bydlinski*, RdW 1984, [Seite].

Bydlinski, Peter, Nochmals: Zum Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers, JBl 1985, 16; wird zitiert: *P. Bydlinski*, JBl 1985, [Seite].

Bydlinski, Peter, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986); wird zitiert: *P. Bydlinski*, Gestaltungsrechte [Seite].

Bydlinski, Peter, Durchbrechungen des Publizitätsprinzips im Mobiliarpfandrecht, ÖJZ 1986, 327 ff; wird zitiert: *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, [Seite].

Bydlinski, Peter, Rücktritt wegen Verzugs ohne Nachfrist. Bemerkungen zu OGH v. 28.10.1997, 1 Ob 2297/96t, RdW 1998, 719 f; wird zitiert: *P. Bydlinski*, RdW 1998, [Seite].

Bydlinski, Peter, Das neue ABGB-Darlehensrecht. Überblick und erste Einschätzung, ecolex 2010, 520 ff; wird zitiert: *P. Bydlinski*, ecolex 2010, [Seite].

Bydlinski, Peter, Grund- und Einzelfragen des Liegenschaftserwerbs, ausgehend vom mündlichen Grundstückskauf, NZ 2015, 281 ff; wird zitiert: *P. Bydlinski*, NZ 2015, [Seite].

Bydlinski, Peter, Bürgerliches Recht I – Allgemeiner Teil[9] (2021); wird zitiert: *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil[9] [Rz].

Bydlinski, Peter, Replik auf Wolfgang Faber. Ergänzende Bemerkungen zum vereinbarten Eigentumsvorbehalt und dessen „Wirksamkeit", ALJ 2015, 247 ff; wird zitiert: *P. Bydlinski*, ALJ 2015, [Seite].

Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund, Das neue Darlehensrecht des ABGB: Verbesserungsvorschläge zum Minsterialentwurf, ÖBA 2010, 96 ff; werden zitiert: *P. Bydlinski/Bollenberger*, ÖBA 2010, [Seite].

Bydlinski, Peter/Bydlinski, Franz, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001); werden zitiert: *P. Bydlinski/F. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote [Seite].

Bydlinski, Peter/Perner, Stefan/Spitzer, Martin (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB[7] (2023); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in KBB, ABGB[7] [§] [Rz].

Caemmerer, Ernst von, Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung, RabelsZ 12 (1938/1939) 675 ff; wird zitiert: *von Caemmerer*, RabelsZ 12, [Seite].

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971); wird zitiert: *Canaris*, Vertrauenshaftung [Seite].

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Ballerstedt, Kurt/Jakobs, Horst Heinrich (Hrsg), Festschrift für Flume zum 70. Geburtstag (1978) 371 ff; wird zitiert: *Canaris*, FS Flume [Seite].

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem[2] (1983); wird zitiert: *Canaris*, Feststellung von Lücken[2] [Seite].

Canaris, Claus-Wilhelm, Interessenlage, Grundprinzipien und Rechtsnatur des Finanzierungsleasing, AcP 190 (1990) 410 ff; wird zitiert: *Canaris*, AcP 190, [Seite].

Cosack, Konrad, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht (1884); wird zitiert: *Cosack*, Anfechtungsrecht [Seite].

Czermak, Constanze, Das Besitzkonstitut beim Sale-and-lease-back-Verfahren, ÖBA 1987, 232 ff; wird zitiert: *Czermak*, ÖBA 1987, [Seite].

Dellinger, Markus, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall – insbesondere gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991); wird zitiert: *Dellinger*, Geschäftsführerhaftung [Seite].

Deixler-Hübner, Astrid (Hrsg), Exekutionsordnung – Kommentar (Stand 36. Ergänzungslieferung 2022); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Deixler-Hübner, EO [§] [Rz].

Dellinger, Markus/Oberhammer, Paul/Koller, Christian, Insolvenzrecht[4] (2018); werden zitiert: *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht[4] [Rz].

Demelius, Ernst, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht. Erste Abtheilung (1897); wird zitiert: *Demelius*, Pfandrecht [Seite].

Demelius, Heinrich, Anmerkung der Rangordnung (1927); wird zitiert: *Demelius*, Rangordnung [Seite].

Demelius, Heinrich, Berichtigungsklage und Löschungsklage. Eine Studie zum deutschen und österreichischen Grundbuchsrecht, AcP 157 (1958) 361 ff; wird zitiert: *Demelius*, AcP 157, [Seite].

Denkschrift zur Kaiserlichen Verordnung über die Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914); wird zitiert: *Denkschrift* KO [Seite].

Dernburg, Heinrich, Die Compensation nach römischem Recht mit Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen (1854); wird zitiert: *Dernburg*, Compensation [Seite].

Dernburg, Heinrich, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Band II (1894); wird zitiert: *Dernburg*, Pfandrecht II [Seite].

Diedrich, Frank, Chancen und Ziele von Einheitsrecht für den internationalen Handelsverkehr, Bericht über den UNCITRAL-Kongreß „Einheitliches Kaufrecht im 21. Jahrhundert", IPRax 1992, 408 ff; wird zitiert: *Diedrich*, IPRax 1992, [Seite].

Dirnbacher, Wolfgang, Renaissance des ABGB: Vollausnahmen gem § 1 Abs 2 Z 5 MRG, wobl 2003, 65 ff; wird zitiert: *Dirnbacher*, wobl 2003, [Seite].

Dittrich, Robert, Zur Antragslegitimation im Grundbuchsverfahren, ÖJZ 1951, 60 ff; wird zitiert: *Dittrich*, ÖJZ 1951, [Seite].

Dölle, Hans, Gezielte und gewachsene Rechtsvereinheitlichung, ZfRV 1963, 133 ff; wird zitiert: *Dölle*, ZfRV 1963, [Seite].

Doralt, Paul, Entscheidungsanmerkung zu OGH 8 Ob 48/88 in ÖBA 1989, 918; wird zitiert: *Paul Doralt*, ÖBA 1989, [Seite].

Doralt, Walter, Vorausleistung und Rücktritt beim Zahlungsverzug, RdW 2003, 8 ff; wird zitiert: *W. Doralt*, RdW 2003, [Seite].

Dorndorf, Eberhard/Frank, Jürgen, Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten – unter besonderer Berücksichtigung der ökonomischen Analyse der Sicherungsrechte, ZIP 1985, 65 ff; werden zitiert: *Dorndorf/Frank*, ZIP 1985, [Seite].

Drobnig, Ulrich, Mobiliarsicherheiten im internationalen Wirtschaftsverkehr, RabelsZ 38 (1974) 468 ff; wird zitiert: *Drobnig*, RabelsZ 38, [Seite].

Drobnig, Ulrich, Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? Gutachten F zum 51. Deutschen Juristentag (1976); wird zitiert: *Drobnig*, Reform der Mobiliarsicherheiten [Seite].

Drobnig, Ulrich, Europäisches Zivilgesetzbuch – Gründe und Grundgedanken, in: Martiny, Dieter/Witzleb, Normann (Hrsg), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch (1999) 109 ff; wird zitiert: *Drobnig* in Martiny/Witzleb, Europäisches Zivilgesetzbuch [Seite].

Drobnig, Ulrich/Goode, R. M., Security for Payment in Export and Import Transactions, in: Goode, R. M./Simmonds, Kenneth Royston (Hrsg), Commercial Operations in Europe (1978) 339 ff; werden zitiert: *Drobnig/Goode*, Commercial Operations [Seite].

Dulckeit, Gerhard, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte (1951); wird zitiert: *Dulckeit*, Verdinglichung [Seite].

Dullinger, Silvia, Handbuch der Aufrechnung (1995); wird zitiert: *Dullinger*, Aufrechnung [Seite].

Duttle, Josef, Ökonomische Analyse dinglicher Sicherheiten. Die Reform der Mobiliarsicherheiten und Probleme ihrer Behandlung in insolvenzrechtlichen Verfahren (1986); wird zitiert: *Duttle*, Ökonomische Analyse [Seite].

Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz (2002); wird zitiert: *Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt [Seite].

Duursma-Kepplinger, Henriette/Duursma, Dieter/Chalupsky, Ernst, Europäische Insolvenzverordnung (2002); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO [Art] [Rz].

Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine/Duursma, Dieter, Das Schicksal von dinglichen Sicherungsrechten sowie des Eigentumsvorbehalts nach der Insolvenzverordnung, wbl 2002, 59 ff; werden zitiert: *Duursma-Kepplinger/Duursma*, wbl 2002, [Seite].

Dworkin, Ronald, Bürgerrechte ernst genommen (1984); wird zitiert: *Dworkin*, Bürgerrechte [Seite].

Eccius, Max Ernst, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrechte, ErläutDtR 47 (1903) 51 ff; wird zitiert: *Eccius*, ErläutDtR 47, [Seite].

Eckardt, Diederich, Anfechtung und Aussonderung – Zur Haftungspriorität des Insolvenzanfechtungsanspruchs im Verhältnis zu den Eigengläubigern des Anfechtungsgegners, KTS 66 (2005), 15 ff; wird zitiert: *Eckardt*, KTS 2005, [Seite].

Ehrenzweig, Albert, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916); wird zitiert: *Ehrenzweig*, Kommentar [Seite].

Ehrenzweig, Armin, Über den Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit (1889); wird zitiert: *Armin Ehrenzweig*, Vertragsverbindlichkeit [Seite].

Ehrenzweig, Armin, Die Zahlungsunfähigkeit. Vortrag gehalten in der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. März 1902 (1902); wird zitiert: *Ehrenzweig*, Zahlungsunfähigkeit [Seite].

Ehrenzweig, Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd II/1. Das Recht der Schuldverhältnisse^2 (1928); wird zitiert: *Ehrenzweig*, System^2 II/1 [Seite].

Ehrenzweig, Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd I/2. Das Sachenrecht^2 (1957); wird zitiert: *Ehrenzweig*, System^2 I/2 [Seite].

Eicher, Gernot, Ausgewählte Probleme des Mobiliarpfandrechts (1999); wird zitiert: *Eicher*, Mobiliarpfandrecht [Seite].

Eidenmüller, Horst, Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht, IPRax 2001, 2 ff; wird zitiert: *Eidenmüller*, IPRax 2001, [Seite].

Eidenmüller, Horst, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP 210 (2010) 67 ff; wird zitiert: *Eidenmüller*, AcP 210, [Seite].

Eidenmüller, Horst/Faust, Florian/Grigoleit, Hans Christoph/Jansen, Nils/ Wagner, Gerhard/Zimmermann, Reinhard, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, JZ 2008, 529 ff; werden zitiert: *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, [Seite].

Einsele, Dorothee, Inhalt, Bedeutung und Schranken des Offenkundigkeitsgrundsatzes, JZ 1990, 1005 ff; wird zitiert: *Einsele*, JZ 1990, [Seite].

Ellenberger, Jürgen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg), Bankrechtshandbuch[6] (2022); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Ellenberger/Bunte, Bankrechts-HB[6] [§] [Rz].

Endemann, Friedrich, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts[6] II (1900); wird zitiert: *Endemann*, Bürgerliches Recht[6] II [Seite].

Esser, Josef, Grundsatz und Norm[2] in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts[2] (1964); wird zitiert: *Esser*, Grundsatz und Norm[2] [Seite].

Exner, Adolf, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht (1867); wird zitiert: *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition [Seite].

Exner, Adolf, Das Oestreichische Hypothekenrecht (1876); wird zitiert: *Exner*, Hypothekenrecht [Seite].

Faber, Wolfgang, Das Mobiliarsicherungsrecht des DCFR: Perspektiven für eine Reform in Österreich bzw in Europa? JBl 2012, 341 ff und 424 ff; wird zitiert: *Faber*, JBl 2012, [Seite].

Faber, Wolfgang, Eigentumsvorbehalt und Publizität. Zwischen wirtschaftlichem Bedürfnis und dogmatischer Wertungskohärenz, ALJ 2015, 212 ff; wird zitiert: *Faber*, ALJ 2015, [Seite].

Fasching, Hans W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts[2] (1990); wird zitiert: *Fasching*, Zivilprozeßrecht[2] [Rz].

Felgentraeger, Wilhelm, Friedrich Carl von Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre (1927); wird zitiert: *Felgentraeger*, Übereignungsglehre [Seite].

Fenyves, Attila, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis. Zur Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen anläßlich des Todes einer Vertragspartei (1982); wird zitiert: *Fenyves*, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis [Seite].

Fenyves, Attila/Kerschner, Ferdinand/Vonkilch, Andreas (Hrsg), Großkommentar zum ABGB[3] §§ 353–379 (2011), §§ 447–530 (2016), §§ 859–887 (2022), §§ 1045–1089 (2019), §§ 1431–1437 (2018); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB[3] [§] [Rz].

Fichtinger, Wolfgang/Foglar-Deinhardstein, Stephan, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818 ff; werden zitiert: *Fichtinger/ Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, [Seite].

Fischer-Czermak, Constanze, Mobilienleasing in der Insolvenz des Leasingnehmers. Zur Anwendung des § 21 oder § 23 IO, in: Rassi, Jürgen C.T./

Riel, Stephan/Schneider, Birgit (Hrsg); Festschrift Andreas Konecny (2022) 125 ff; wird zitiert: *Fischer-Czermak*, FS Konecny [Seite].

Flume, Johannes W., Vermögenstransfer und Haftung. Eine Studie zur Nutzbarmachung der Universalsukzession für die Unternehmenspraxis (2008); wird zitiert: *J. W. Flume*, Vermögenstransfer [Seite].

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II – Das Rechtsgeschäft[4] (1992); wird zitiert: *W. Flume*, Rechtsgeschäft[4] [Seite].

Frankl, Otto, Zur Revision des österreichischen Concursrechts (1896); wird zitiert: *Frankl*, Revision des Concursrechts [Seite].

Frotz, Gerhard, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts. Gutachten des 4. Österreichischen Juristentages (1970); wird zitiert: *Frotz*, Kreditsicherungsrecht [Seite].

Frotz, Gerhard, Gutgläubiger Mobiliarerwerb und Rechtsscheinprinzip, in: Loebenstein, Edwin/Mayer, Johann/Frotz, Gerhard/Doralt, Peter (Hrsg), Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft. Festschrift für Walther Kastner zum 70. Geburtstag (1972) 131 ff; wird zitiert: *Frotz*, FS Kastner [Seite].

Frotz, Gerhard, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur sozialen Verantwortung als Korrelat privatautonomer Gestaltungsfreiheit (1972); wird zitiert: *Frotz*, Verkehrsschutz [Seite].

Frotz, Gerhard, Zur Fortbildung des Kreditsicherungsrechts durch Einführung neuer Formen der Begründung von Mobiliarpfandrechten, in: Frotz, Gerhard/Ogris, Werner (Hrsg), Erlebtes Recht in Geschichte und Gegenwart. Festschrift Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag (1973) 323 ff; wird zitiert: *Frotz*, FS Demelius [Seite].

Fulterer, Walter, Anwendung und Auslegung des § 1052 ABGB. bei Verträgen über Speziessachen, ÖJZ 1952, 399 ff; wird zitiert: *Fulterer*, ÖJZ 1952, [Seite].

Geller, Leo, Das allgemeine Retentionsrecht, ZBl 1 (1883) 8 ff; wird zitiert: *Geller*, ZBl 1, [Seite].

Geller, Leo, Der Eigenthumserwerb durch Vertrag: II. Der Eigenthumserwerb an Liegenschaften, ZBl 1 (1883) 517 ff; wird zitiert: *Geller*, ZBl 1, [Seite].

Geller, Leo, Theorie und Praxis des Pfandrechts. Erläuterungen zu den §§ 447–466 BGB, ZBl 37 (1919) 593 ff; wird zitiert: *Geller*, ZBl 37, [Seite].

Gerhardt, Walter, Insolvenzrecht und Bürgerliches Gesetzbuch, AcP 200 (2000) 426 ff; wird zitiert: *Gerhardt*, AcP 200, [Seite].

Gerland, Heinrich, Rezension von Jäger, Ernst, Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichgesetzes, KVJS 49 (1905) 29 ff; wird zitiert: *Gerland*, KVJS 46, [Seite].

Gernhuber, Joachim, Die Erfüllung und ihre Surrogate[2] (1994); wird zitiert: *Gernhuber*, Erfüllung und Surrogate[2] [Seite].

Gottwald, Peter/Haas, Ulrich (Hrsg), Insolvenzrechts-Handbuch[6] (2020); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Gottwald/Haas, Insolvenzrecht-HB[6] [§] [Rz].

Graf, Georg, ABGB forever? Kritische Anmerkungen zur Aktualität des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in: Fischer-Czermak, Constanze/Hopf, Gerhard/Schauer, Martin (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg ins 3. Jahrtausend (2003) 1 ff; wird zitiert: *G. Graf* in Fischer/Czermak/Hopf/Schauer, ABGB im 3. Jahrtausend [Seite].

Groskopff, Gerhard C., Zur Lehre vom Retentionsrechte (1858); wird zitiert: *Groskopff*, Retentionsrecht [Seite].

Gruber, Michael, Die Treuhand in der Zwangsvollstreckung. Überlegungen zu den Grundlagen der Treugeber-Interventionsrechte, JBl 2001, 207 ff; wird zitiert: *M. Gruber*, JBl 2001, [Seite].

Grundmann, Stefan, Zur Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, JA 1985, 80 ff; wird zitiert: *Grundmann*, JA 1985, [Seite].

Gschnitzer, Franz, Schuldrecht Allgemeiner Teil (1965); wird zitiert: *Gschnitzer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil [Seite].

Gschnitzer, Franz, Entscheidungsanm zu OGH 7 Ob 94/66 in JBl 1967, 316; wird zitiert: *Gschnitzer*, JBl 1967, [Seite].

Gschnitzer, Franz, Sachenrecht (1968); wird zitiert: *Gschnitzer*, Sachenrecht [Seite].

Gschnitzer, Franz/Faistenberger, Christoph/Barta, Heinz/Call, Gottfried/Eccher, Bernhard, Österreichisches Sachenrecht^2 (1985); werden zitiert: *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, Sachenrecht^2 [Seite].

Gschnitzer, Franz/Faistenberger, Christoph/Barta, Heinz/Eccher, Bernhard, Österreichisches Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadenersatz^2 (1988); werden zitiert: *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, Schuldrecht Besonderer Teil^2 [Seite].

Habermeier, Stefan, Das Trennungsdenken. Ein Beitrag zur europäischen Privatrechtstheorie, AcP 195 (1995) 283 ff; wird zitiert: *Habermeier*, AcP 195, [Seite].

Hagen, Horst, Zur Rechtsgrundabhängigkeit der Konvaleszenz, AcP 167 (1967) 481 ff; wird ztiert: *Hagen*, AcP 167, [Seite].

Hager, Johannes, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb (1990); wird zitiert: *Hager*, Verkehrsschutz [Seite].

Hahn, Carl (Hrsg), Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen auf Veranlassung des kaiserlichen Reichs-Justizamtes herausgegeben – Band 4 Materialien zur Konkursordnung (1881; Neudruck 1983); wird zitiert: *Hahn*, Materialien KO [Seite].

Hämmerle, Hermann/Wünsch, Horst, Handelsrecht Band III^3 – Handelsgeschäfte (1979); werden zitiert: *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht^3 III [Seite].

Harrer, Friedrich, Sicherungsrechte (2002); wird zitiert: *Harrer*, Sicherungsrechte [Seite].

Häsemeyer, Ludwig, Das funktionelle Synallagma im Konkurs- und Vergleichsverfahren, KTS 34 (1973), 2 ff; wird zitiert: *Häsemeyer*, KTS 1973, [Seite].

Häsemeyer, Ludwig, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 43 (1982) 507 ff; wird zitiert: *Häsemeyer*, KTS 1982, [Seite].

Häsemeyer, Ludwig, Insolvenzrecht[4] (2007); wird zitiert: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] [Rz].

Häsemeyer, Ludwig, Die Aufrechnung nach der InsO, in: Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V. (Hrsg), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung[3] (2009) 461 ff; wird zitiert: *Häsemeyer*, Kölner Schrift[3] [Kap] [Rz].

Hattenhauer, Hans, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts[2] (2000); wird zitiert: *Hattenhauer*, Grundbegriffe[2] [Seite].

Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar BGB[64] (2022); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Hau/Poseck, BeckOK-BGB[64] [§] [Rz].

Hausmann, Till/Vonkilch, Andreas (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht – WEG[4] (2017); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Hausmann/Vonkilch, Wohnrecht[4] [§] [Rz].

Hausmann, Eva Maria/Vonkilch, Andreas (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht – MRG[4] (2021); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Hausmann/Vonkilch, Wohnrecht[4] [§] [Rz].

Häublein, Martin/Kronthaler, Christoph, Durchgangs- oder Direkterwerb beim einfachen Streckengeschäft? – zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verfügungsgeschäft, in: Laimer, Simon/Kronthaler, Christoph/Koch, Bernhard A. (Hrsg), Europäische und internationale Dimensionen des Privatrechts. Festschrift für Andreas Schwartze (2021) 157 ff; werden zitiert: *Häublein/Kronthaler*, FS Schwartze [Seite].

Heck, Philipp, Grundriß des Schuldrechts (1929); wird zitiert: *Heck*, Schuldrecht [Seite].

Heck, Philipp, Grundriß des Sachenrechts (1930); wird zitiert: *Heck*, Sachenrecht [Seite].

Heck, Philipp, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft (1937); wird zitiert: *Heck,* Dingliches Rechtsgeschäft [Seite].

Hedinger, Martin, Über Publizitätsdenken im Sachenrecht (1987); wird zitiert: *Hedinger*, Publizitätsdenken [Seite].

Heidland, Herbert, Konsequenzen der „Erlöschenstheorie“ und der Theorie der Teilbarkeit der Bauleistung für die baurechtliche Abnahme, für Vergütungsansprüche, Gewährleistungsfrist und Vertragsstrafe im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Auftraggebers, in: Prütting, Hanns/Vallender, Heinz (Hrsg), Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis – Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck zum 70. Geburtstag (2000) 423 ff; wird zitiert: *Heidland*, FS Uhlenbruck [Seite].

Heinrichs, Helmut, EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und Reform des Verzugsrechts nach dem Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, 157 ff; wird zitiert: *Heinrichs*, BB 2001, [Seite].

Heiss, Helmut, Formmängel und ihre Sanktionen. Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung (1999); wird zitiert: *Heiss*, Formmängel [Seite].

Heller, Ludwig Viktor/Berger, Franz/Stix, Leopold, Kommentar zur Exekutionsordnung[4] Band I bis III (1969, 1972, 1976); werden zitiert: *Heller/Berger/Stix*, EO[4] [Band] [Seite].

Henckel, Wolfram, Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht, in: Bökelmann, Erhard/Henckel, Wolfram/Jahr, Günther (Hrsg), Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag (1975) 237 ff; wird zitiert: *Henckel*, FS Weber [Seite].

Henckel, *Wolfram*, Gegenseitige Verträge im Konkurs und Vergleich – Zu dem gleichnamigen Buch von Wolfgang Marotzke, ZZP 99 (1986) 419 ff; wird zitiert: *Henckel*, ZZP 99, [Seite].

Henckel, Wolfram, Rezension K. Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, ZIP 1991, 133 ff; wird zitiert: *Henckel*, ZIP 1991, [Seite].

Henckel, Wolfram, Insolvenzrechtsreform zwischen Vollstreckungsrecht und Unternehmensrecht, in Gerhardt, Walter/Henckel, Wolfram/Kilger, Joachim (Hrsg), Festschrift für Franz Merz zum 65. Geburtstag (1992) 197 ff; wird zitiert: *Henckel*, FS Merz [Seite].

Henckel, Wolfram, Zur Dogmatik der besitzlosen Mobiliarsicherheiten, in: Bettermann, Karl-August/Löwisch, Manfred/Otto, Hans-Jörg/Schmidt, Karsten (Hrsg), Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag (1994) 193 ff; wird zitiert: *Henckel*, FS Zeuner [Seite].

Henckel, Wolfram, Aufrechnung im Konkurs, in: Prütting, Hans/Rüssmann, Helmut (Hrsg), Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag (1997) 237 ff; wird zitiert: *Henckel*, FS Lüke [Seite].

Henckel, Wolfram, Anfechtung im Insolvenzrecht (2008); wird zitiert: *Henckel*, Anfechtung [§] [Rz].

Hilger, Norbert, Bemerkungen über das Verfolgungsrecht im Konkurs, KTS 49 (1988) 595 ff; wird zitiert: *Hilger*, KTS 1989, [Seite].

Hinteregger, Monika, Das Recht der dinglichen Sicherheiten – Reformbedarf vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklungen, in: Fischer-Czermak, Constanze/Hopf, Gerhard/Kathrein, Georg/Schauer, Martin (Hrsg), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 167 ff; wird zitiert: *Hinteregger* in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, ABGB 2011 [Seite].

Hödl, Erik, Der Lieferantenpool. Zur organisierten Durchsetzung der Eigentumsvorbehalte mehrerer Lieferanten im Konkurs des gemeinsamen Schuldners (2010); wird zitiert: *Hödl*, Lieferantenpool [Seite].

Hofmann, Franz, Die Lehre vom titulus und modus adquirendi, und von der iusta causa traditionis (1873); wird zitiert: *Hofmann*, titulus und modus [Seite].

Hofmann, Franz, Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag, mit Rücksicht auf Siegel‘s „Das Versprechen als Verpflich-

tungsgrund“ (1874); wird zitiert: *Hofmann*, Entstehungsgründe der Obligationen [Seite].

Hofmann, Nicole, Alles neu macht Basel Zwei, ecolex 2005, 607 ff; wird zitiert: *N. Hofmann*, ecolex 2005, [Seite].

Hofmeister, Herbert, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs in der österreichischen Privatrechtsentwicklung seit dem 18. Jahrhundert (1977); wird zitiert: *Hofmeister,* Liegenschaftserwerb [Seite].

Hofmeister, Herbert, Welche Unterschrift muß eine grundbuchsfähige Pfandbestellungsurkunde tragen? NZ 1981, 113 ff; wird zitiert: *Hofmeister*, NZ 1981, [Seite].

Hofmeister, Herbert, Mobiliarsicherheiten – Rechtsprobleme und Lösungsvorschläge. Vortragsbericht Kärntner Juristische Gesellschaft (Sitzung vom 15.12.1987), ÖJZ 1989, 754; wird zitiert: *Hofmeister*, ÖJZ 1989, [Seite].

Hofmeister, Herbert, Entscheidungsanmerkung zu OGH 5 Ob 115/91, NZ 1992, 158/238; wird zitiert: *Hofmeister*, NZ 1992, [Seite].

Högl, Sabine/Wiesinger, Harald, Offene Fragen zu § 1170b ABGB, JBl 2009, 155 ff; werden zitiert: *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, [Seite].

Höhn, Wolfgang/Kaufmann, Christian, Die Aufrechnung in der Insolvenz, JuS 2003, 751 ff; werden zitiert: *Höhn/Kaufmann*, Jus 2003, [Seite].

Holzhammer, Richard, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴ (1993); wird zitiert: *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht⁴ [Seite].

Holzhammer, Richard, Österreichisches Insolvenzrecht⁵ (1996); wird zitiert: *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵ [Seite].

Holzner, Christian, Dinglicher Vertrag im ABGB? Eine Besprechung von Schoditsch, Eigentumsvorbehalt und Insolvenz – Faktura, Lieferschein, Bestätigungsschreiben (2009), JBl 2010, 674 ff; wird zitiert: *Holzner*, JBl 2010, [Seite].

Höpfel, Frank/Ratz, Eckart, Wiener Kommentar zum StGB (Stand 320. Ergänzungslieferung 2023); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in WK-StGB [§] [Rz].

Hoyer, Hans, Sind die 60-Tage-Fristen der §§ 12 Abs 1 und 30 Abs 1 KO gerechtfertigt? wbl 1988, 39 ff; wird zitiert: *Hoyer*, wbl 1988, [Seite].

Hoyer, Hans, Sind Sicherungseigentum und Pfandrecht gleich zu behandeln? JBl 1984, 543 ff; wird zitiert: *Hoyer*, JBl 1984, [Seite].

Hoyer, Hans, Einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt? wbl 1995, 181 ff; wird zitiert: *Hoyer*, wbl 1995, [Seite].

Hoyer, Hans, Grundbuchsrecht und Grundbuchspraxis IV, NZ 2000, 161 ff; wird zitiert: *Hoyer*, NZ 2000, [Seite].

Hromadka, Wolfgang, Geschichtliche Beiträge zu Fragen des Faustpfandprinzips im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, ZSR 111 (1970), 117 ff; wird zitiert: *Hromadka*, ZSR 111, [Seite].

Huber, Andreas, Die Anfechtung von Unterlassungen nach § 36 KO und § 7 AnfO (2004); wird zitiert: *A. Huber*, Anfechtung von Unterlassungen [Seite].

Huber, Michael, Die Abwicklung gegenseitiger Verträge nach der Insolvenzordnung, NZI 1998, 97 ff; wird zitiert: *M. Huber*, NZI 1998, [Seite].

Huber, Michael, Insolvenz des Vorbehaltskäufers, in: Heinrich, Christian (Hrsg), Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag (2004) 267 ff; wird zitiert: *M. Huber*, FS Musielak [Seite].

Huber, Ulrich, Right of Stoppage in Transitu und deutsches Konkursrecht, in: Bökelmann, Erhard/Henckel, Wolfram/Jahr, Günther (Hrsg), Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag (1975) 253 ff; wird zitiert: *U. Huber*, FS Weber [Seite].

Huber, Ulrich, Der Eigentumsvorbehalt im Synallagma, ZIP 1987, 750 ff; wird zitiert: *U. Huber*, ZIP 1987, [Seite].

Hüffer, Uwe, Vorrang des Kommittenten bei Mehrfachabtretung durch den Kommissionär – BGHZ 104, 123, JuS 1991, 195 ff; wird zitiert: *Hüffer*, JuS 1991, [Seite].

Illedits, Alexander/Reich-Rohrwig, Otto (Hrsg), Wohnrecht[3] (2018); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht[3] [§] [Rz].

Iro, Gert, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982); wird zitiert: *Iro*, Besitzerwerb [Seite].

Iro, Gert, Entscheidungsanmerkung zu OGH 4 Ob 16/82 in ZAS, 1983, 223/23; wird zitiert: *Iro*, ZAS 1983, [Seite].

Iro, Gert, Das Zug-um-Zug-Prinzip im Insolvenzverfahren, RdW 1985, 101 ff; wird zitiert: *Iro*, RdW 1985, [Seite].

Iro, Gert, Entscheidungsanmerkung zu OGH 3 Ob 43/86, ÖBA 1987, 52; *Iro*, ÖBA 1987, [Seite].

Iro, Gert, Kein Wahlrecht des Masseverwalters nach § 21 KO beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, RdW 1989, 294; wird zitiert: *Iro*, RdW 1989, [Seite].

Iro, Gert, OGH: Anspruch auf Kreditauszahlung pfändbar! RdW 1993, 302; wird zitiert: *Iro*, RdW 1993, [Seite].

Iro, Gert, Sicherungseigentum an einem Warenlager, RdW 1997, 383 f; wird zitiert: *Iro*, RdW 1997, [Seite].

Iro, Gert/Riss, Olaf, Bürgerliches Recht IV – Sachenrecht[7] (2019); werden zitiert: *Iro/Riss*, Sachenrecht[7] [Rz].

Jabornegg, Peter, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Synallagma (1982); wird zitiert: *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht [Seite].

Jabornegg, Peter (Hrsg), Kommentar zum HGB (1997); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Jabornegg, HGB [§] [Rz].

Jabornegg, Peter, Bollenberger, R.: Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit. Aussonderung durch Anfechtung – Buchbesprechung, JBl 1997, 335 f; wird zitiert: *Jabornegg*, JBl 1997, [Seite].

Jacusiel, Alfred, Der Eigentumsvorbehalt (1932); wird zitiert: *Jacusiel*, Eigentumsvorbehalt [Seite].

Jaeger, Ernst (Begr), Konkursordnung mit Einführungsgesetzen[8] I §§ 1–70 (1958), bearbeitet von *Lent, Friedrich*; werden zitiert: *Jaeger/Lent*, KO[8] [§] [Rz].

Jaeger, Ernst (Begr), Konkursordnung Großkommentar[9] §§ 1–42 (1977, 1979, 1981, 1990), bearbeitet von *Henckel, Wolfram*; werden zitiert: *Jaeger/Henckel*, KO[9] [§] [Rz].

Jaeger, Ernst/Henckel, Wolfram/Gerhardt, Walter (Hrsg), Insolvenzordnung Großkommentar Band I[1] (§§ 1–55) (2004), Band II[1] (2007) und Band IV[2] (§ 103–128) (2022); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO[Auflage] [§] [Rz].

Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard, Was ist und wozu der DCFR? NJW 2009, 3401; werden zitiert: *Jansen/Zimmermann*, NJW 2009, [Seite].

Jelinek, Wolfgang, Insolvenzrechtsreform 2010, wbl 2010, 377 ff; wird zitiert: *Jelinek*, wbl 2010, [Seite].

Jhering, Rudolf von, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung (Neudruck 1967); wird zitiert: *Jhering*, Geist des römischen Rechts [Seite].

Joël, Günther, Zum Recht des Eigentumsvorbehalts, BankArch 1929, 309 ff; wird zitiert: *Joël*, BankArch 1929, [Seite].

Johow, Reinhold, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich – Sachenrecht. Begründung I (1880); wird zitiert *Johow*, Begründung I [Seite].

Jud, Brigitta, Gesetzliche Verzugszinsen und Eigentumsvorbehalt – Ein Richtlinienentwurf der EU, ecolex 1998, 683 ff; wird zitiert: *B. Jud*, ecolex 1998, [Seite].

Jud, Brigitta, Sicherstellung bei Bauverträgen, ecolex 2004, 12 ff; wird zitiert: *B. Jud*, ecolex 2004, [Seite].

Kaller, Maria, Sicherungszession von Buchforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Publizität (2007); wird zitiert: *Kaller*, Sicherungszession [Seite].

Karner, Ernst, Rechtsscheinwirkung des Besitzes und Scheinermächtigung, JBl 2004, 486 ff; wird zitiert: *Karner*, JBl 2004, [Seite].

Karner, Ernst, Gutgläubiger Mobiliarerwerb. Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen (2006); wird zitiert: *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb [Seite].

Karollus, Martin, Neuorientierung der Judikatur zum „nachteiligen" Sanierungskredit (§ 31 Abs. 1 Z. 1 Fall 2 KO)? ÖBA 1989, 34 ff; wird zitiert: *Karollus*, ÖBA 1989, [Seite].

Karollus, Martin, UN-Kaufrecht. Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis (1991); wird zitiert: *Karollus*, UN-Kaufrecht [Seite].

Kaserer, Josef, Commentar zur österreichischen Concursordnung mit sämmtlichen Materialien, dem Gesetze vom 9. Jänner 1869 nebst Motiven und mit Formularien (1869); wird zitiert: *Kaserer*, Concursordnung [Seite].

Kastner, Walther, Entscheidungsanmerkung zu OGH 4 Ob 526/62, JBl 1963, 428; wird zitiert: *W. Kastner*, JBl 1963, [Seite].

Kastner, Walther, Die Treuhand im österreichischen Recht, in: Wünsch, Horst (Hrsg), Festschrift für Hermann Hämmerle zum 75. Geburtstag (1972) 163 ff; wird zitiert: *Kastner*, FS Hämmerle [Seite].

Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus, Internationales Privatrecht[9] (2004); werden zitiert: *Kegel/Schurig*, IPR[9] [§] [Rz].

Keppelmüller, Rudolf C., An der Schwelle zu einem europäischen Insolvenzrecht? Das EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren 1995, wbl 1996, 337 ff; wird zitiert: *Keppelmüller*, wbl 1996, [Seite].

Kepplinger, Henriette-Christine, Das Synallagma in der Insolvenz. Das Wahlrecht des Masseverwalters, Ausgleichsschuldners und Insolvenzverwalters (2000); wird zitiert: *Kepplinger*, Synallagma [Seite].

Kepplinger, Henriette-Christine, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz, ZIK 2000, 110; wird zitiert: *Kepplinger*, ZIK 2000, [Seite].

Kernbichler, Felix, Insolvenzrechtliche Einschnitte in das zivilrechtliche Leistungsstörungsrecht, JBl 2015, 109 ff; wird zitiert: *Kernbichler*, JBl 2015, [Seite].

Kerschner, Ferdinand, Irrtumsanfechtung insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft (1984); wird zitiert: *Kerschner*, Irrtumsanfechtung [Seite].

Kieninger, Eva-Maria, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt (1996); wird zitiert: *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten [Seite].

Kieninger, Eva-Maria, Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Handelsverkehr, WM 1998, 2213 ff; wird zitiert: *Kieninger*, WM 1998, [Seite].

Kieninger, Eva-Maria, Der Eigentumsvorbehalt in der Verzugsrichtlinie – Chronik einer verpassten Chance, in: Basedow, Jürgen/Drobnig, Ulrich/Ellger, Reinhadr/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein/Kulms, Rainer/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg), Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001) 151 ff; wird zitiert: *Kieninger*, FS MPI [Seite].

Kieweler, Friedrich, Zur Rechtsnatur der Aufsandungserklärung, NZ 2013, 257 ff; wird zitiert: *Kieweler*, NZ 2013, [Seite].

Kischel, Uwe, Rechtsvergleichung (2019); wird zitiert: *Kischel*, Rechtsvergleichung [Rz].

Klang, Heinrich, Sind angesichts der neueren Praxis und Rechtsprechung auf dem Gebiete der Sicherungsmittel (besonders Sicherungsübereignung, Eigentumsvorbehalt, Abtretung der Buchforderungen) gesetzliche Bestimmungen zur Hebung der Kreditfähigkeit der wirtschaftlichen Unternehmung erforderlich? Gutachten für den 37. Deutschen Juristentag (nicht veröffentlicht); wird zitiert: *Klang*, Hebung der Kreditfähigkeit [Seite].

Klang, Heinrich, Bemerkungen zu den sachenrechtlichen Bestimmungen der Zivilnovellen (1917); wird zitiert: *Klang*, Sachenrechtliche Bestimmungen [Seite].

Klang, Heinrich (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch[1] Band II/2 (1934); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Klang, ABGB[1] II/2 [Seite].

Klang, Heinrich (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch[2], Band IV/1 (1968), IV/2 (1978), V (1954) und VI (1951); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Klang, ABGB[2] [Band] [Seite].

Kletečka, Andreas, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, GesRZ 2009, 82 ff; wird zitiert: *Kletečka*, GesRZ 2009, [Seite].

Kletečka, Andreas/Schauer, Martin (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (seit 2010 laufend aktualisiert); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Kletečka/Schauer, ABGB-ON [§] [Rz].

Klicka, Thomas, Die Konkursanfechtung von Unterlassungen – dargestellt am Nichtabruf einer Kredits, ecolex 2010, 438 ff; wird zitiert: *Klicka*, ecolex 2010, [Seite].

Klinke, Ulrich, Causa und genetisches Synallagma. Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte (1983); wird zitiert: *Klinke*, Causa und genetisches Synallagma [Seite].

Knapp, Andreas, Das Problem der bewußten Zahlungsverzögerung im inländischen und EU-weiten Handelsverkehr, RabelsZ 63 (1999) 295 ff; wird zitiert: *Knapp*, RabelsZ 63, [Seite].

Koch, Bernhard, Gedanken zur Neuordnung des Mobiliarsicherheitenrechts, in: Apathy, Peter/Bollenberger, Raimund/Bydlinski, Peter/Iro, Gert/Karner, Ernst/Karollus, Martin (Hrsg), Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag (2010) 197 ff; wird zitiert: *B. Koch*, FS Koziol [Seite].

Kodek, Georg E., Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren. Zugleich ein Beitrag zur Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, ÖJZ 2001, 281 ff und 334 ff; wird zitiert: *Kodek*, ÖJZ 2001, [Seite].

Kodek, Georg E., Die Besitzstörung. Materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes (2002); wird zitiert: *Kodek*, Besitzstörung [Seite].

Kodek, Georg E., Kommentar zum Grundbuchsrecht[2] (2016); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Kodek, Grundbuchsrecht[2] [§] [Rz].

Kodek, Georg E., Die Einrede im Zivilrecht. Rechtsverteidigung mit rechtshemmenden Einwendungen und Gestaltungsrechten (2020); wird zitiert: *Kodek*, Einrede [Seite].

Kohler, Josef, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, ZZP 24 (1898) 1 ff; wird zitiert: *Kohler*, ZZP 24, [Seite].

Kohler, Josef, Vertrag und Uebergabe, ArchBR 18 (1900) 1 ff; wird zitiert: *Kohler*, ArchBR 18, [Seite].

Koller, Ingo, Transportrecht. Kommentar zu Spedition und Gütertransport[10] (2020); wird zitiert: *Koller*, Transportrecht[10] [§] [Rz].

Konecny, Andreas, Zum Klagebegehren und zum Inhalt der Anfechtungsklagen im Konkurs. Bemerkungen zu OGH 12.11.1986, 3 Ob 632/86, und zu OGH 3.12.1986, 1 Ob 655/86, ÖBA 1987, 311 ff; wird zitiert: *Konecny*, ÖBA 1987, [Seite].

Konecny, Andreas, Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung (1992); wird zitiert: *Konecny*, Einstweilige Verfügung [Seite].

Konecny, Andreas, Vertragsauflösung wegen Zahlungsverzugs und Schuldnerinsolvenz, in: Bernat, Erwin/Böhler, Elisabeth/Weilinger, Arthur (Hrsg), Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag – Zum Recht der Wirtschaft (2001) II 1089 ff; wird zitiert: *Konecny*, FS Krejci II [Seite].

Konecny, Andreas, Konkurs ist ein Konkurs ist ein Konkurs, in: Bittner, Ludwig/Klicka, Thomas/Kodek, Georg E./Oberhammer, Paul (Hrsg), Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag (2005) 301 ff; wird zitiert: *Konecny*, FS Rechberger [Seite].

Konecny, Andreas, Vertragsauflösung nach der IO, in: Jaufer, Clemens/Nunner-Krautgasser, Bettina/Schummer, Gerhard (Hrsg), Insolvenz- und Sanierungsrecht. Jubiläumsband der Plattform für Wirtschafts-, Insolvenz- und Sanierungsrecht (2021) 109 ff; wird zitiert: *Konecny*, Insolvenz- und Sanierungsrecht [Seite].

Konecny, Andreas (Hrsg), Insolvenzgesetze (erscheint in Teillieferungen); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Konecny, Insolvenzgesetze [§] [Rz].

Konecny, Andreas/Nunner-Krautgasser, Bettina, Neuerungen bei Bestandverträgen durch das IRÄG 2010, in: Konecny, Andreas (Hrsg), Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (2010) 39 ff; werden zitiert: *Konecny/Nunner-Krautgasser* in Konecny, IRÄG 2010, [Seite].

Konecny, Andreas/Schubert, Günter (Hrsg), Insolvenzgesetze (erschienen in Teillieferungen); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze [§] [Rz].

König, Bernhard/Weber, Martin, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren[6] (2022); wird zitiert: *König/Weber,* Einstweilige Verfügungen[6] [Rz].

König, Bernhard/Trenker, Martin, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung. Handbuch für die Praxis[6] (2020); wird zitiert: *König/Trenker*, Anfechtung[6] [Rz].

Koritschan, Otto Hans, Zur Frage des Retentionsrechtes des Garagenunternehmers, JBl 1935, 228 ff; wird zitiert: *Koritschan*, JBl 1935, [Seite].

Koziol, Gabriele, Dienstbarkeiten im Konkurs, in: Apathy, Peter/Bollenberger, Raimund/Bydlinski, Peter/Iro, Gert/Karner, Ernst/Karollus, Martin (Hrsg), Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag (2010) 1229 ff; wird zitiert: *G. Koziol*, FS Koziol [Seite].

Koziol, Helmut, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967); wird zitiert: *Koziol*, Beeinträchtigung [Seite].

Koziol, Helmut, Der Begriff des „nachteiligen Rechtsgeschäftes“ in § 21 Abs 1 Z 2 KO, JBl 1982, 57 ff; wird zitiert: *Koziol*, JBl 1982, [Seite].

Koziol, *Helmut*, Österreichisches Haftpflichtrecht Band I[4] (2020) und Band II[3] (2018); wird zitiert: *Koziol*, Haftpflichtrecht [Band][Auflage] [Rz].

Koziol, Helmut, Entscheidungsanmerkung zu OGH 7 Ob 517/89, ÖBA 1988, 1113; wird zitiert: *Koziol*, ÖBA 1988, [Seite].

Koziol, Helmut, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991); wird zitiert: *Koziol*, Gläubigeranfechtung [Seite].

Koziol, Helmut, Konkursanfechtung wegen Nachteiligkeit des Rechtsgeschäfts. Wiener Juristische Gesellschaft (Sitzung vom 10.4.1991), JBl 1991, 509; wird zitiert: *Koziol*, JBl 1991, [Seite].

Koziol, Helmut, Zur Abschwächung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Konkursverfahren, in: Klingenberg, Georg/Rainer, Joh. Michael/Stiegler, Herwig (Hrsg), Vestigia iuris romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag (1992) 267 ff; wird zitiert: *Koziol*, FS Wesener [Seite].

Koziol, Helmut, Sicherungszession und andere Mobiliarsicherheiten aus rechtsvergleichender Sicht, in: Wiegand, Wolfgang (Hrsg), Mobiliarsicherheiten. Sicherungszession und -übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht. Berner Bankrechtstag 1998 (1998) 19 ff; wird zitiert: *Koziol* in Wiegand, Mobiliarsicherheiten [Seite].

Koziol, Helmut, Abtretung künftiger Forderungen und Konkurs des Zedenten, ÖBA 1998, 745 ff; wird zitiert: *Koziol*, ÖBA 1998, [Seite].

Koziol, Helmut, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik. Das deutsche Zivilrecht als Vorbild für Europa? AcP 212 (2012) 1 ff; wird zitiert: *Koziol*, AcP 212, [Seite].

Koziol, Helmut, Die Vorteile des Grundsatzes der kausalen Tradition. Eine Gegenüberstellung des österreichischen und des deutschen Rechts, in: Pavčnik, Ada Polajnar (Hrsg), Izročilo Občnega državljanskega zakonika (2013) 177 ff; wird zitiert: *Koziol*, Izročilo Občnega državljanskega zakonika [Seite].

Koziol, Helmut, Gedanken zur dinglichen Einigung, in: Dehn, Wilma/Heinrich-Pendl, Elke/Jesser-Huß, Helga/Pendl, Matthias/Schoditsch, Thomas/Terlitza, Ulfried (Hrsg), Festschrift für Peter Bydlinski (2022) 599 ff; wird zitiert: *Koziol*, FS P. Bydlinski [Seite].

Kramer, Ernst A., Grundfragen der vertraglichen Einigung (1972); wird zitiert: *Kramer*, Vertragliche Einigung [Seite].

Kramer, Ernst A., Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, JBl 1985, 477 ff; wird zitiert: *Kramer*, JBl 1985, [Seite].

Krasnopolski, Horaz, Besprechung von: Anton Randa, Das Eigenthumsrecht[1] (1884), KVJS 27 (1885) 478 ff; wird zitiert: *Krasnopolski*, KVJS 27, [Seite].

Krasnopolski, Horaz, Studien zum Gesetze über die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner, GrünhutsZ XIV (1886) 41 ff und XV (1887) 1 ff; wird zitiert: *Krasnopolski*, GrünhutsZ [Band] [Seite].

Krause, Hermann, Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, AcP 145 (1939) 312 ff; wird zitiert: *Krause*, AcP 145, [Seite].

Kayser, Godehard/Thole, Christoph (Hrsg), Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung[11] (2023); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in HK-InsO[11] [§] [Rz].

Krejci, *Heinz* (Hrsg), Reformkommentar UGB-ABGB (2007); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Krejci, Reformkommentar [§] [Rz].

Krejci, Heinz, Unternehmensrecht[5] (2013); wird zitiert: *Krejci*, Unternehmensrecht[5] [Seite].

Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des internationalen Zivilverfahrensrechts[6] (2006); wird zitiert: *Kropholler*, IPR[6] [Seite].

Krückmann, Paul, Zur Reform des Kaufrechtes. Ein Beitrag zur Revision des Handelsgesetzbuches (1896); wird zitiert: *Krückmann*, Reform [Seite].

Kuchinke, Kurt, Die Rechtsstellung des Auflassungsempfängers als Kreditunterlage und Haftungsobjekt. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Anwartschaftsrecht, JZ 1964, 145 ff; wird zitiert: *Kuchinke*, JZ 1964, [Seite].

Kuhn, Georg, Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs, WM 1972, 206 ff; wird zitiert: *Kuhn*, WM 1972, [Seite].

Lando, Ole, The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales, RabelsZ 51 (1987) 60 ff; wird zitiert: *Lando*, RabelsZ 51, [Seite].

Langheineken, Paul, Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (1903); wird zitiert: *Langheineken*, Anspruch und Einrede [Seite].

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft[3] (1995); werden zitiert: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre [Seite].

Lehmann, Arnold, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung (1916); wird zitiert: *Lehmann*, KO [Seite].

Leist, Gerhard Alexander, Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien (1889); wird zitiert: *Leist*, Sicherung von Forderungen [Seite].

Liebe, Viktor Friedrich August von, Sachenrechtliche Erörterungen zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1891); wird zitiert: *Liebe*, Sachenrechtliche Erörterungen [Seite].

Liebeg, Paul, Aktuelle Fragen zur Insolvenz-Entgeltsicherung, ÖJZ 1990, 680 ff; wird zitiert: *Liebeg*, ÖJZ 1990, [Seite].

Liebich, Dieter/Mathews, Kurt, Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft[2] (1983); werden zitiert: *Liebich/Mathews*, Treuhand[2] [Seite].

Lippmann, K. von, Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters, JherJB 41 (1900) 112 ff; wird zitiert: *Lippmann*, JherJB 41, [Seite].

Löwenstein, Ludwig, Die Abzahlungsgeschäfte. Eine Zeit- und Streitfrage (1891); wird zitiert: *Löwenstein*, Abzahlungsgeschäfte [Seite].

Lübtow, Ulrich von, Hand wahre Hand. Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschläge, in: Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien

Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag (1955) 119 ff; wird zitiert: *Lübtow*, FS 41. DJT [Seite].

Luden, Karl, Das Retentionsrecht. Eine civilrechtliche Abhandlung (1839); wird zitiert: *Luden*, Retentionsrecht [Seite].

Lüderitz, Alexander, Die Beurteilung beweglicher Sachen im internationalen Privatrecht, in: *Lauterbach, Wolfgang* (Hrsg), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts (1972) 185 ff; wird zitiert: *Lüderitz* in Lauterbach, Reform des Personen- und Sachenrechts [Seite].

Lukas, Meinhard, Zession und Synallagma. Abtretungsverbot, Drittschuldanerkenntnis, Konkurs des Zedenten (2000); wird zitiert: *Lukas*, Zession [Seite].

Marhold, Franz/Burgstaller, Gerald/Preyer, Helmut (Hrsg), Kommentar zum Angestelltengesetz (2005); werden zitiert: [*Autor*] in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG [§] [Rz].

Marotzke, Wolfgang, Das Anwartschaftsrecht – ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung? (1977); wird zitiert: *Marotzke*, Anwartschaftsrecht [Seite].

Marotzke, Wolfgang, Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht, JZ 1995, 803 ff; wird zitiert: *Marotzke*, JZ 1995, [Seite].

Marotzke, Wolfgang, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht[3] (2001); wird zitiert: *Marotzke*, Gegenseitige Verträge[3] [Rz].

Martinek, Michael, Traditonsprinzip und Geheißerwerb, AcP 188 (1988) 573 ff; wird zitiert: *Martinek*, AcP 188, [Seite].

Mayer-Maly, Theo, Römisches Recht[2] (1999); wird zitiert: *Mayer-Maly*, Römisches Recht[2] [Seite].

Mayrhofer, Heinrich, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz. Mit vergleichenden Hinweisen auf das ausländische Recht (1966); wird zitiert: *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft [Seite].

Mayrhofer, Heinrich, Zur neueren Entwicklung der Kreditsicherung durch Fahrnis. Antrittsvorlesung gehalten am 30. Mai 1967 an der Universität Salzburg (1968); wird zitiert: *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis [Seite].

Mayrhofer, Heinrich, Erweiterter Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, ÖJZ 1969, 197 ff; wird zitiert: *Mayrhofer*, ÖJZ 1969, [Seite].

Mayrhofer, Heinrich, Das Recht der Schuldverhältnisse – Allgemeine Lehren[3] (1986); wird zitiert: *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse Allgemeine Lehren[3] [Seite].

Mayrhofer, Heinrich, Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte, in: Martinek, Oswin/Wachter, Gustav (Hrsg), Arbeitsleben und Rechtsordnung – Festschrift Gerhard Schnorr zum 65. Geburtstag (1988); wird zitiert: *Mayrhofer*, FS Schnorr [Seite].

Medicus, Dieter, Besitz, Grundbuch, Erbschein als Rechtsscheinträger, JURA 2001, 294 ff; wird zitiert: *Medicus*, JURA 2001, [Seite].

Meinhart, Anton, Die Übertragung des Eigentums (1988); wird zitiert: *Meinhart*, Übertragung des Eigentums [Seite].

Menzel, Adolf, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte (1886); wird zitiert: *Menzel*, Anfechtungsrecht [Seite].

Migsch, Erwin, Faustpfandprinzip und Publizitätsprinzip, in: Fischer-Czermak, Constanze/Kletečka, Andreas/Schauer, Martin (Hrsg), Festschrift für Rudolf Welser zum 65. Geburtstag (2004) 711 ff; wird zitiert: *Migsch*, FS Welser [Seite].

Mohr, Franz, Reform des Unternehmensinsolvenzrechts. Der Ministerialentwurf des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2009, ecolex 2009, 848 ff; wird zitiert: *Mohr*, ecolex 2009, [Seite].

Mohr, Franz/Reichel, Eva, Exekution auf Vermögensrechte, in: Mohr, Franz/Eriksson, Vanessa/Michlits, Theresa/Pesendorfer, Ulrich/Reichel, Eva (Hrsg), Gesamtreform des Exekutionsrechts – GREx (2021) 103 ff; werden zitiert: *Mohr/Reichel* in Mohr/Eriksson/Michlits/Pesendorfer/Reichel, GREx [Rz].

Mokal, Rizwaan Jameel, Priority as Pathology: The Pari Passu Myth, Cambridge Law Journal 60 (2001) 581; wird zitiert: *Mokal*, Cambridge Law Journal 60, [Seite].

Morscher, Martin, Die Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO) (2002); wird zitiert: *Morscher*, EuInsVO [Seite].

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe (1888); wird zitiert: *Motive* BGB [Band] [Seite].

Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung und eines Einführungsgesetzes. Amtliche Ausgabe (1874); wird zitiert: *Motive* KO [Seite].

Mugdan, Benno, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1899); wird zitiert: *Mugdan*, Materialien [Band] [Seite].

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I[9] (2021), II[9] (2022), III[9] (2022), IV[8] (2019), IV/2[8] (2019), V[9] (2023), VI[9] (2023), VIII[9] (2023), X[8] (2019), XIII[8] (2021); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in MünchKomm-BGB[Auflage] [§] [Rz].

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz[19] (2022); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Musielak/Voit, ZPO[19] [§] [Rz].

Nagl, Alfred, Ueber das Verhältnis von Rekurs und Klagerecht in Grundbuchssachen, NZ 1880, 317 f und 321 f; wird zitiert: *Nagl*, NZ 1880, [Seite].

Nerlich, Jörg/Römermann, Volker (Hrsg), Insolvenzordnung (Stand 45. Ergänzungslieferung 2022); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Nerlich/Römermann, InsO [§] [Rz].

Niederländer, Hubert, Nemo Turpitudinem Suam Allegans Auditur. Ein rechtsvergleichender Versuch, in: Ius et Lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller (1959) 621 ff; wird zitiert: *Niederländer*, FS Gutzwiller [Seite].

Nunner, Bettina, Rechtsfragen der Nachhaltigkeit konkursbedingter Forderungsveränderung, ÖJZ 1998, 726 ff; wird zitiert: *Nunner*, ÖJZ 1998, [Seite].

Nunner-Krautgasser, Bettina, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz. Wechselwirkungen zwischen materiellem und formellem Recht und ihr Einfluss auf den Inhalt und die Durchsetzung von Rechten (2007); wird zitiert: *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung [Seite].

Nunner-Krautgasser, Bettina, IRÄG 2010: Insolvenzverfahren und Vertragsauflösungssperre, in: Konecny, Andreas (Hrsg), Insolvenz-Forum 2009 (2010) 81 ff; wird zitiert: *Nunner-Krautgasser*, Insolvenz-Forum 2009, [Seite].

Oberhammer, Paul, Die OHG im Zivilprozeß (1998); wird zitiert: *Oberhammer*, OHG im Zivilprozeß [Seite].

Oberhammer, Paul, Entscheidungsanmerkung zu OGH 2 Ob 228/01w, wobl 2002, 281/91; wird zitiert: *Oberhammer*, wobl 2002, [Seite].

Oetker, Friedrich, Ueber den Einfluss der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Bemerkungen zu den §§ 15 ff. der Konkursordnung, ZZP 14 (1890) 1 ff; wird zitiert: *Oetker*, ZZP 14, [Seite].

Oetker, Friedrich, Konkursrechtliche Grundbegriffe. Band I Die Gläubiger (1891); wird zitiert: *Oetker*, Grundbegriffe I [Seite].

Oetker, Friedrich, Zur Reform der Konkursordnung, DZ 1911, Spalte 445 ff; wird zitiert: *Oetker*, JZ 1911, [Spalte].

Ofner, Julius, Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches, Band I und II (1889); wird zitiert: *Ofner*, Ur-Entwurf [Band] [Seite].

Ohmeyer, Kamillo Edlen von, Verfügung über künftige Rechte. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der künftigen Rechte (1909); wird zitiert: *Ohmeyer*, Künftige Rechte [Seite].

Östergren, Pär Adolf, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters nach römischem Recht; wird zitiert: *Östergren*, Gesetzliches Pfandrecht [Seite].

Pape, Gerhard, Ablehnung und Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte durch den Insolvenzverwalter, in: Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V. (Hrsg), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung[3] (2009) 353 ff; wird zitiert: *Pape*, Kölner Schrift[3] [Kap] [Rz].

Parapatits, Felicitas, Der Vertrag zugunsten Dritter (2011); wird zitiert: *Parapatits*, Vertrag zugunsten Dritter [Seite].

Paulus, Christoph G., Verbindungslinien zwischen Insolvenzrecht und Privatautonomie, in: Prütting, Hanns/Vallender, Heinz (Hrsg), Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis – Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck zum 70. Geburtstag (2000) 33 ff; wird zitiert: *Ch. Paulus*, FS Uhlenbruck [Seite].

Paulus, Christoph G., Europäische Insolvenzverordnung. Kommentar[6] (2020); wird zitiert: *Paulus*, EuInsVO[6] [Art] [Rz].

Paulus, Christoph G., Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht[6] (2017); wird zitiert: *Paulus*, Zivilprozessrecht[6] [Rz].

Paulus, Gotthard, Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP 155 (1956) 277 ff; wird zitiert: *G. Paulus*, AcP 155, [Seite].

Perner, Stefan, Privatversicherungsrecht (2021); wird zitiert: *Perner*, Privatversicherungsrecht [Rz].

Perner, Stefan/Spitzer, Martin/Kodek, Georg, Bürgerliches Recht[7] (2022); werden zitiert: *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[7] [Seite].

Peters, Klaus, Kauf und Übereignung. Zum sogenannten Abstraktionsprinzip, JURA 1986, 449; wird zitiert: *Peters*, JURA 1986, [Seite].

Petersen, Julius/Kleinfeller, Georg, Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, den konkursrechtlichen Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes und dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens[3] (1892); werden zitiert: *Petersen/Kleinfeller*, KO[3] [Seite].

Petschek, Georg/Reimer, Otto/Schiemer, Karl, Das österreichische Insolvenzrecht (1973); werden zitiert: *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht [Seite].

Pfaff, Leopold, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, GZ 1869, 295 ff; wird zitiert: *Pfaff*, GZ 1869, [Seite].

Pfersche, Emil, Die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts (1891); wird zitiert: *Pfersche*, Irrthumslehre [Seite].

Pisko, Oskar, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes (1923); wird zitiert: *Pisko*, Lehrbuch [Seite].

Pisko, Oskar (Hrsg), Staubs Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch[3]. Ausgabe für Österreich II (1938); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Staub/Pisko, AHGB[3] [Art] [Rz].

Pitkowitz, Nikolaus, Wirkt der Rücktritt des Masseverwalters gem § 21 KO ex tunc? ÖJZ 1990, 677 ff; wird zitiert: *Pitkowitz*, ÖJZ 1990, [Seite].

Pollak, Rudolf, Über die Reform der Conkursordnung, JBl 1895, 601 ff; wird zitiert: *Pollak*, JBl 1895, [Seite].

Pollak, Rudolf, Das Concursrecht (1897); wird zitiert *Pollak*, Concursrecht [Seite].

Popp, Friedrich, Das Schuldanerkenntnis des Schuldners gegenüber dem Zessionar, ÖBA 1999, 865 ff und 975 ff; wird zitiert: *Popp*, ÖBA 1999, [Seite].

Popp, Friedrich, Das Schuldanerkenntnis des Schuldners gegenüber dem Zessionar (2000); wird zitiert: *Popp*, Schuldanerkenntnis [Seite].

Prantl, Désirée, Europäische Integration durch den gemeinsamen Referenzrahmen, ZfRV 2010, 72 ff; wird zitiert: *Prantl*, ZfRV 2010, [Seite].

Rabel, Ernst, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, RabelsZ 9 (1935) 1 ff; wird zitiert: *Rabel*, RabelsZ 9, [Seite].

Rabl, Christian, Haftungserklärungen des Notars in Treuhandvereinbarungen, NZ 2015, 41 ff; wird zitiert: *Rabl*, NZ 2015, [Seite].

Raiser, Ludwig, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935); wird zitiert: *Raiser*, Allgemeine Geschäftsbedingungen [Seite].

Raiser, Ludwig, Entscheidungsanmerkung zu BGH IV ZR 2/52, NJW 1953, 217; wird zitiert: *Raiser*, NJW 1953, [Seite].

Raiser, Ludwig, Dingliche Anwartschaften (1961); wird zitiert: *Raiser*, Dingliche Anwartschaften [Seite].

Randa, Anton, Das Eigenthumsrecht mit besonderer Rücksicht auf die Werthpapiere des Handelsrechtes nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzbücher[2]. Erste Hälfte (1893); wird zitiert: *Randa*, Eigenthumsrecht[2] [Seite].

Rappaport, Achill, Über die Bedeutung des Titels für die Gültigkeit der Eigentumsübergabe nach dem ABGB, FS ABGB II (1911) 400 ff; wird zitiert: *Rappaport*, FS ABGB II [Seite].

Rassi, Jürgen C. T., Grundbuchsrecht[3] (2019); wird zitiert: *Rassi*, Grundbuchsrecht[3] [Rz].

Rathauscher, Susi, Bestandrechte und Konkurs (1999); wird zitiert: *Rathauscher*, Bestandrechte [Seite].

Rebernig, Reinhard, Konkursanfechtung der Aufrechnung, ZIK 1998, 185 ff; wird zitiert: *Rebernig*, ZIK 1998, [Seite].

Rechberger, Walter H., Die Treuhandschaft bei Insolvenz und Exekution, in Apathy, Peter (Hrsg), Die Treuhandschaft (1995) 178 ff; wird zitiert: *Rechberger* in Apathy, Treuhandschaft [Seite].

Rechberger, Walter H., Überlegungen zur Einführung eines Registerpfandrechts in Österreich, NZ 2002, 2 ff; wird zitiert: *Rechberger*, NZ 2002, [Seite].

Rechberger, Walter H./Bittner, Ludwig, Grundbuchsrecht[2] (2007); werden zitiert: *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht[2] [Rz].

Reckenzaun, Axel, Das gesetzliche Bestandgeberpfandrecht (1989); wird zitiert: *Reckenzaun*, Bestandgeberpfandrecht [Seite].

Regelsberger, N.N, Anspruch des Gläubigers auf Leistung von Sicherheit für betagte oder bedingte Forderungen wegen Eintritts einer Verschlechterung in der Vermögenslage des Schuldners, JherJB 40 (1898) 451 ff; wird zitiert: *Regelsberger*, JherJB 40, [Seite].

Reichel, Eva, Eingriff in das Verwertungsmonopol des Insolvenzverwalters? ZIK 2020, 106 ff; wird zitiert: *Reichel*, ZIK 2020, [Seite].

Reich-Rohrwig, Johannes, Entscheidungsanmerkung zu OGH 7 Ob 541/90, ecolex 1990, 483, wird zitiert: *Reich-Rohrwig*, ecolex 1990, [Seite].

Reisenhofer, Barbara, Die Bestimmungen zur Auflösung von Verträgen nach dem IRÄG 2010, Zak 2010, 287 ff; wird zitiert: *Reisenhofer*, Zak 2010, [Seite].

Riedler, Andreas, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers nach dem IRÄG 2010, ÖJZ 2011, 904 ff; wird zitiert: *Riedler*, ÖJZ 2011, [Seite].

Riedler, Andreas, Gedanken zur Publizität dinglicher Kreditsicherungsrechte de lege lata und de lege ferenda, in: Fischer-Czermak, Constanze/Hopf, Gerhard/Kathrein, Georg/Schauer, Martin (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB (2011) 1365 ff; wird zitiert: *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB [Seite].

Rintelen, Anton, Execution auf Sachen in fremder Gewahrsame und auf Leistungsansprüche, GZ 1903, 75 ff, 83 ff, 91 ff, 99 ff; wird zitiert: *Rintelen*, GZ 1903, [Seite].

Rintelen, Anton, Zur Frage der Nachhaltigkeit der Konkurswirkungen im deutschen und österreichischen Konkursrecht, ZHR 61 (1908) 147 ff; wird zitiert: *Rintelen*, ZHR 1908, [Seite].

Rintelen, Anton, Das österreichische Konkursrecht (1910); wird zitiert: *Rintelen*, Konkursrecht [Seite].

Riss, Olaf, Die Erhaltungspflicht des Vermieters. Ein Beitrag zur Lehre von den Leistungsstörungen im Dauerschuldverhältnis (2005); wird zitiert: *Riss*, Erhaltungspflicht [Seite].

Riss, Olaf, Der Konkurs des Zedenten beim Factoring. Überlegungen zur Anfechtung der Unterlassung von Rechtsgeschäften, ÖBA 2006, 425 ff; wird zitiert: *Riss*, ÖBA 2006, [Seite].

Riss, Olaf, Sicherung von Gewährleistungsansprüchen in der Insolvenz des Werkunternehmers – Überlegungen zum Rücktrittsrecht des Masseverwalters nach § 21 KO und zu Wesen und Konkursfestigkeit des Haftrücklasses, ÖBA 2008, 18 ff; wird zitiert: *Riss*, ÖBA 2008, [Seite].

Riss, Olaf, Die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts – neue Gedanken zu einer alten Streitfrage. Ein Beitrag zur Lehre von der dinglichen Einigung, ÖBA 2010, 215 ff; wird zitiert: *Riss*, ÖBA, 2010, [Seite].

Riss, Olaf, Einige Gedanken zum Aufschub der Räumungsexekution und zur Fortsetzung des Bestandverhältnisses nach § 12c IO, ZIK 2011, 168 ff; wird zitiert: *Riss*, ZIK 2011, [Seite].

Riss, Olaf, Warum ist der Faustpfandgläubiger absonderungsberechtigt? in: Perner, Stefan/Riss, Olaf (Hrsg), Festschrift für Gert Iro (2013) 401 ff; wird zitiert: *Riss*, FS Iro [Seite].

Riss, Olaf, Das Kreditmoratorium nach dem 2. COVID-19-Justizbegleitgesetz – eine rechtsökonomische Skizze, JRP 2021, 10; wird zitiert: *Riss*, JRP 2021, [Seite].

Rittner, Fritz, Über die Entbehrlichkeit des sog. genetischen Synallagmas, in: Kuchinke, Kurt (Hrsg), Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung. Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag (1970) 213 ff; wird zitiert: *Rittner*, FS Lange [Seite].

Rosmarin, Adolf, Kommentar zum Österreichischen Anfechtungsrecht (1915); wird zitiert: *Rosmarin*, Kommentar [Seite].

Rößler-Hecht, Franziska, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz im europäischen Rechtsvergleich (2009); wird zitiert: *Rößler-Hecht*, Eigentumsvorbehalt [Seite].

Roth, Herbert, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts (1988); wird zitiert: *Roth*, Einrede [Seite].

Roth, Herbert, Die Fortsetzung des Synallagmas mit insolvenzrechtlichen Mitteln (§ 103 InsO), in: Diederichsen, Uwe/Fischer, Gerfried/Medicus, Dieter/Pirrung, Jörg/Wagenitz, Thomas (Hrsg) Festschrift für Walter Rolland zum 70. Geburtstag (1999) 305 ff; wird zitiert: *Roth*, FS Rolland [Seite].

Rother, Werner, Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft, AcP 169 (1969) 1 ff; wird zitiert: *Rother*, AcP 169, [Seite].

Rummel, Peter, Gutgläubiger Erwerb von Retentionsrechten? Zur Interpretation des § 471 ABGB, JBl 1977, 521 ff; wird zitiert: *Rummel*, JBl 1977, [Seite].

Rummel, Peter (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I^{3} (2000), Band II^{2} (1992), Band II/3^{3} (2002), Band II/4^{3} (2002) und Band II/5^{3} (2003); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Rummel, ABGB^{3} [§] [Rz].

Rummel, Lukas/Lukas, Meinhard, (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{4}, Teilband §§ 285–446, Sachenrecht I (2016); §§ 1035–1150, GoA, Vertragstypen II (2017); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Rummel/Lukas, ABGB^{4} [§] [Rz].

Sagaert, Vincent, Consensual versus Delivery Systems in European Private Law – Consensus about Tradition? in: Lurger, Brigitta/Faber, Wolfgang (Hrsg), Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonization or National Reforms? (2008) 9 ff; wird zitiert: *Sagaert*, Transfer of Movables [Seite].

Sailer, Hansjörg, Aktuelle Rechtsprobleme des Mobiliarpfandes, ÖBA 2001, 211 ff; wird zitiert: *Sailer*, ÖBA 2001, [Seite].

Savigny, Friedrich Carl von, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Bd II (1853); wird zitiert: *Savigny*, Obligationenrecht II [Seite].

Schalfejew, Eduard, Der Eigentumsvorbehalt in der Rechtsprechung, in: Industrie- und Handelskammer zu Berlin (Hrsg), Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht (1931) 95 ff; wird zitiert: *Schalfejew*, Eigentumsvorbehalt [Seite].

Schanbacher, Dietmar, Beobachtungen zum sog. „pignus Gordianum“, SZ 114 (1997) 233 ff; wird zitiert: *Schanbacher*, SZ 114, [Seite].

Schanda, Reinhard, Der Leasingvertrag im Konkurs des Leasingnehmers. Anmerkungen zu OGH 26.4.1995, 3 Ob 532/95, ZIK 1996, 11 ff; wird zitiert: *Schanda*, ZIK 1996, [Seite].

Schartner, Irmgard, Der Mieter in der Insolvenz, wobl 2011, 255 ff; wird zitiert: *Schartner*, wobl 2011, [Seite].

Schauer, Martin, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht[3] (1995); wird zitiert: *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht[3] [Seite].
Schauer, Martin, Das Register für Mobiliarsicherheiten in Österreich: Rechtsdogmatische und rechtspolitische Grundlagen, in: Schauer, Martin (Hrsg), Ein Register für Mobiliarsicherheiten im österreichischen Recht (2007) 1 ff; wird zitiert: *Schauer*, Register für Mobiliarsicherheiten [Seite].
Scheibelreiter, Philipp, Kaufpreiszahlung und Eigentumserwerb. Zugleich eine Studie zum Eigentumsvorbehalt im römischen Recht, JAP 2022/2023, 3 ff; wird zitiert: *Scheibelreiter*, JAP 2022/2023, [Seite].
Schenck, Carl Wilhelm, Die Lehre von dem Retentionsrechte nach gemeinen Rechten (1837); wird zitiert: *Schenck*, Retentionsrecht [Seite].
Schilcher, Bernd, Starke und schwache Rechte, in: Koziol, Helmut/Rummel, Peter (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit – Festschrift für Franz Bydlinski (2002) 353 ff; wird zitiert: *Schilcher*, FS Bydlinski [Seite].
Schilcher, Bernd/Holzer, Wolfgang, Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften, JBl 1974, 445 ff und 512 ff; werden zitiert: *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, [Seite].
Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg/Schroeter, Ulrich G., Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG[7] (2019); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, CISG[7] [Art] [Rz].
Schlüter, Andreas, Der Eigentumsvorbehalt im europäischen und internationalen Recht – Zu den Grenzen besitzloser Mobiliarsicherheiten im grenzüberschreitenden Handel, IHR 2001, 141 ff; wird zitiert: *Schlüter*, IHR 2001, [Seite].
Schmidt, Karsten, Darlehn, Darlehnsversprechen und Darlehnskrediteröffnung im Konkurs, JZ 1976, 756 ff; wird zitiert: *K. Schmidt*, JZ 1976, [Seite].
Schmidt, Karsten, Das Insolvenzrecht und seine Reform zwischen Prozessrecht und Unternehmensrecht, KTS 1988, 1 ff; wird zitiert: *K. Schmidt*, KTS 1988, [Seite].
Schmidt, Karsten, Handelsrecht[6]. Unternehmensrecht Band I (2014); wird zitiert: *K. Schmidt*, Handelsrecht[6] [§] [Rz].
Schmidt, Karsten (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch[5] Band V (2021), VII (2023); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in MünchKomm-HGB[5] [§] [Rz].
Schmidt, Rudolf, Der Pfandbesitz, AcP 134 (1930) 1 ff und 129 ff; wird zitiert: *R. Schmidt*, AcP 134, [Seite].
Schmidt-Kessel, Martin, Die Zahlungsverzugsrichtlinie und ihre Umsetzung, NJW 2001, 97 ff; wird zitiert: *Schmidt-Kessel*, NJW 2001, [Seite].
Schmidt-Rimpler, Walter, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130 ff; wird zitiert: *Schmidt-Rimpler*, AcP 147, [Seite].
Schmidt-Rimpler, Walter, Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbes. beim Versicherungsvertrag. Zugleich ein Beitrag zur Lehre

vom Synallagma (1968); wird zitiert: *Schmidt-Rimpler*, Gegenseitigkeit [Seite].

Schödermeier, Martin/Woopen, Herbert, Die diskriminierte Einigung, JA 1985, 622 ff; werden zitiert: *Schödermeier/Woopen*, JA 1985, [Seite].

Schoditsch, Thomas, Die Kollision von AGB bei der Eigentumsvorbehalts-Vereinbarung, ÖJZ 2009, 452 ff; wird zitiert: *Schoditsch*, ÖJZ 2009, [Seite].

Schoditsch, Thomas, Eigentumsvorbehalt und Insolvenz. Faktura – Lieferschein – Bestätigungsschreiben (2009); wird zitiert: *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt [Seite].

Schoditsch, Thomas Christian, Faktische Leistungsverweigerung als Mittel zur Sicherung des Vorleistungspflichtigen, ZIK 2010, 93 ff; wird zitiert: *Schoditsch*, ZIK 2010, [Seite].

Schoneweg, Hans, Der Eigentumsvorbehalt und die Sicherungsübereignung im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr. Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Darstellung (1997); wird zitiert: *Schoneweg*, Eigentumsvorbehalt [Seite].

Schrutka-Rechtenstamm, Emil von, Die Compensation im Concurse nach österreichischem Rechte und mit Berücksichtigung concursrechtlicher Normen des Deutschen Reichs (1881); wird zitiert: *Schrutka-Rechtenstamm*, Compensation [Seite].

Schulz, Fritz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909) 1 ff; wird zitiert: *Schulz*, AcP 105, [Seite].

Schulz, Martina, Der Eigentumsvorbehalt in europäischen Rechtsordnungen. Rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, englischen und französischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung von Erweiterungen und Verlängerungen (1998); wird zitiert: *Schulz*, Eigentumsvorbehalt [Seite].

Schumacher, Hubertus, Konkurseröffnung, Treuhand und Liegenschaftsverkehr, NZ 1991, 1 ff; wird zitiert: *Schumacher*, NZ 1991, [Seite].

Schwarz, Carl, Das österreichische Concursrecht. Bd I: Materielles Concursrecht (1894); wird zitiert: *Schwarz*, Concursrecht I [Seite].

Schwarze, Jürgen/Becker, Urlich/Hatje, Armin/Schoo, Johann (Hrsg), EU-Kommentar[4] (2019); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Schwarze, EU-Kommentar[4] [Art] [Rz].

Schwimann, Michael (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB[3] Band III (2006); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Schwimann, ABGB[3] [§] [Rz].

Schwimann, Michael/Kodek, Georg (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB[4] Band IV (2016); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Schwimann/Kodek, ABGB[4] [§] [Rz].

Schwimann, Michael/Kodek, Georg (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB[5] Band III (2019), Band IV (2019), Band V (2021), Band VI (2021); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Schwimann/Kodek, ABGB[5] [§] [Rz].

Schwimann, Michael /Neumayr, Matthias (Hrsg), ABGB Taschenkommentar[5] (2020); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Schwimann/Neumayr, TaKomm ABGB[5] [§] [Rz].
Schwind, Fritz, Publizitäts- und Faustpfandprinzip im österreichischen und internationalen Sachenrecht, in: Schwind, Fritz (Hrsg), Europarecht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung (1988) 61 ff; wird zitiert: *Schwind* in Schwind, Europarecht [Seite].
Serick, Rolf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung I (1963), II (1965), III (1970), IV (1976), V (1982), VI (1986); wird zitiert: *Serick*, Eigentumsvorbehalt [Band] [Seite].
Siebert, Wolfgang, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem (1933, Neudruck 1970); wird zitiert: *Siebert*, Treuhandverhältnis [Seite].
Sigman, Harry C./Kieninger, Eva-Maria, Cross-Border Security over Tangibles (2007); werden zitiert: *Sigman/Kieninger*, Security over Tangibles [Seite].
Silberstein, Heinrich, Das Verfolgungsrecht des Verkäufers im Insolvenzfalle des Käufers, ZHR 81 (1918) 70 ff und 289 ff; wird zitiert: *Silberstein*, ZHR 1918, [Seite].
Sohm, Rudolph, Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches (1905); wird zitiert: *Sohm*, Gegenstand [Seite].
Sohm, Rudolph, Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung, ArchBR 28 (1906) 173 ff; wird zitiert: *Sohm*, ArchBR 28, [Seite].
Sperl, Hans, Die Convaleszenz einer unwirksamen Eigenthumsübertragung im österreichischen Rechte, GZ 1891, 337 ff, 345 ff und 353 ff; wird zitiert: *Sperl*, GZ 1891, [Seite].
Spielbüchler, Karl, Übereignung durch mittelbare Leistung, JBl 1971, 589 ff; wird zitiert: *Spielbüchler*, JBl 1971, [Seite].
Spielbüchler, Karl, Der Dritte im Schuldverhältnis. Über den Zusammenhang von Schuld- und Sachenrecht (1973); wird zitiert: *Spielbüchler*, Schuldverhältnis [Seite].
Spielbüchler, Karl, Überflüssiger Eigentumsvorbehalt? Zur neuesten Auslegung des § 1063 ABGB, JBl 1977, 296 ff; wird zitiert: *Spielbüchler*, JBl 1977, [Seite].
Spielbüchler, Karl, Überflüssige Diskussion um den Eigentumsvorbehalt, JBl 1978, 109; wird zitiert: *Spielbüchler*, JBl 1978, [Seite].
Spielbüchler, Karl, Entscheidungsanmerkung zu OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216/692; wird zitiert: *Spielbüchler*, ÖBA 1998, [Seite].
Spielbüchler, Karl, Das Prinzip der kausalen Tradition, in: Fischer-Czermak, Constanze/Hopf, Gerhard/Kathrein, Georg/Schauer, Martin (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB (2011) 1433 ff; wird zitiert: *Spielbüchler*, FS 200 Jahre ABGB [Seite].

Spitzer, Martin, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht (2004); wird zitiert: *Spitzer*, Pfandverwertung [Seite].

Spitzer, Martin, Sicherungszession und Drittschuldnerverständigung bei Wissenszurechnung. Bemerkungen zur Publizität anläßlich 4 Ob 100/04s, ÖBA 2005, 885 ff; wird zitiert: *Spitzer*, ÖBA 2005, [Seite].

Spitzer, Martin, Zu Zweck, Wegfall und Wiederherstellung kreditsicherungsrechtlicher Publizität, JBl 2014, 556; wird zitiert: *Spitzer*, JBl 2014, [Seite].

Spitzer, Martin, Das persönliche Recht auf Aussonderung (2017); wird zitiert: *Spitzer*, Aussonderung [Seite].

Sprung, Rainer/Köllensperger, Barbara, Zur Inatbulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§ 1498 ABGB), in: Bittner, Ludwig/Klicka, Thomas/Kodek, Georg E./Oberhammer, Paul (Hrsg), Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag (2005) 623 ff; werden zitiert: *Sprung/Köllensperger*, FS Rechberger [Seite].

Stabentheiner, Johannes, Die miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teile der Wohnrechtsnovelle 1999, wobl 1999, 285 ff; wird zitiert: *Stabentheiner*, wobl 1999, [Seite].

Stabentheiner, Johannes/Dimmel, Dagmar, Die Umsetzung der neuen Verbraucherkreditrichtlinie in Österreich, ÖBA 2009, 696 ff; werden zitiert: *Stabentheiner/Dimmel*, ÖBA 2009, [Seite].

Stadler, Astrid, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (1996); wird zitiert: *Stadler*, Verkehrsschutz [Seite].

Stadler, Astrid, Die Vorschläge des Gemeinsamen Referenzrahmens für ein europäisches Sachenrecht – Grundprinzipien und Eigentumserwerb, JZ 2010, 380 ff; wird zitiert: *Stadler*, JZ 2010, [Seite].

Stampfer, Michael, Die Anfänge des Mieterschutzes in Österreich (1995); wird zitiert: *Stampfer*, Anfänge des Mieterschutzes [Seite].

Staub, Hermann/Koller, Ingo/Canaris, Claus-Wilhelm/Brüggemann, Dieter (Hrsg), Handelsgesetzbuch Großkommentar[4] Band IV (2004; Nachdruck 2019); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Staub, HGB[4] [§] [Rz].

Staub, Hermann/Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten (Hrsg), Handelsgesetzbuch Großkommentar[5] Band IX (2013); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Staub, HGB[5] [§] [Rz].

Staudinger, Julius von (Begr), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen; wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Staudinger, BGB [Bearbeitung] [§] [Rz].

Steinbach, Emil, Die Anfechtung der Rechtsgeschäfte in fraudem creditorum, JBl 1874, 205 ff, 217 ff, 231 ff, 243 ff, 259 ff, 271 ff, 283 ff, 295 ff, 307 ff; wird zitiert; *Steinbach*, JBl 1874, [Seite].

Steinbach, Emil, Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 über die Anfechtung von Rechtshandlungen[3] (1905); wird zitiert: *Steinbach*, Kommentar[3] [Seite].

Steinlechner, P., Über Besitz und Besitzesschutz des Faustpfandgläubigers nach österreichischem Recht, GrünhutsZ 26 (1899) 141 ff; wird zitiert: *Steinlechner*, GrünhutsZ 26, [Seite].

Stoll, Hans, Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen, RabelsZ 38 (1974) 450 ff; wird zitiert: *Stoll*, RabelsZ 38, [Seite].

Stoll, Hans, Zur Legitimität und normativen Relevanz rechtsvergleichender Argumente im Zivilrecht, in: Koziol, Helmut/Rummel, Peter (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit – Festschrift für Franz Bydlinski (2002) 429 ff; wird zitiert: *Stoll*, FS Bydlinski [Seite].

Stöhr, Alexander, Die Vertragsbindung. Legitimation, Herkunft, Grenzen, AcP 214 (2014) 425 ff; wird zitiert: *Stöhr*, AcP 214, [Seite].

Stöver, Diedrich, Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Rechtsgeschäft? ArchBR 26 (1905) 149 ff; wird zitiert: *Stöver*, ArchBR 26, [Seite].

Straube, Manfred (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Rechtsvorschriften, Band I³ (2003); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Straube, HGB³ [§] [Rz].

Straube, Manfred/Ratka, Thomas/Rauter, Roman (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch⁴ Band I (Loseblatt 2016 ff); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ [§] [Rz].

Strohal, Emil, Zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien. Eine Studie aus dem österreichischen Grundbuchsrecht (1876); wird zitiert: *Strohal*, Eigenthum an Immobilien [Seite].

Strohal, Emil, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, JherJB 28 (1889) 335 ff; wird zitiert: *Strohal*, JherJB 28, [Seite].

Stubenrauch, Moriz von/Schuster von Bonnot, Max/Schreiber, Karl (Hrsg), Commentar zum österreichischen allgemeinen Gesetzbuche⁸ Band I (1902) und II (1903); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Stubenrauch, Commentar⁸ [Band] [Seite].

Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst/Schoppmeyer, Heinrich (Hrsg), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung⁴ Band II (2019) und IV (2021); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in MünchKomm-InsO⁴ [§/Art] [Rz].

Süß, Theodor, Das Traditionsprinzip – ein Atavismus des Sachenrechts, in: Caemmerer, Ernst von/Hallstein, Walter/Mann, F. A./Raiser, Ludwig (Hrsg), Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht. Festschrift für Martin Wolff (1952) 141 ff; wird zitiert: *Süß*, FS Wolff [Seite].

Tades, Helmuth/Stabentheiner, Johannes, Das 3. Wohnrechtsänderungsgesetz. Bemerkungen zu seinen miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teilen, ÖJZ 1994 Sonderheft 1a, 1 ff; werden zitiert: *Tades/Stabentheiner*, ÖJZ 1999 H 1a, [Seite].

Thole, Christoph, Gläubigerschutz durch Insolvenz. Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz (2010); wird zitiert: *Thole*, Gläubigerschutz [Seite].

Tintelnot, Albrecht, Die gegenseitigen Verträge im neuen Insolvenzverfahren, ZIP 1995, 616 ff; wird zitiert: *Tintelnot*, ZIP 1996, [Seite].

Tuhr, Andreas von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (1910); wird zitiert: *Tuhr*, Allgemeiner Teil [Seite].

Touaillon, Heinrich, Die grundbuchsrichterliche Kognition, JBl 1905, 481 ff, 492 ff, 505 ff, 518 ff, 531 ff, 540 f; wird zitiert: *Touaillon*, JBl 1905, [Seite].

Treitschke, Georg Carl, Noch einige Bemerkungen über die sogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrags, AcP 22 (1839) 278 ff und 422 ff; wird zitiert: *Treitschke*, AcP 22, [Seite].

Tuhr, Andreas von, Verfügung über künftige Forderungen, JZ 1904, Spalte 425 ff; wird zitiert: *von Tuhr*, JZ 1904, [Spalte].

Uhlenbruck, Wilhelm/Hirte, Heribert/Vallender, Heinz (Hrsg), Insolvenzordnung[15] (2019); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Uhlenbruck, InsO[15] [§] [Rz].

Ulrich, Wolfgang, Probleme der Sicherung von Geldkreditforderungen durch Eigentumsvorbehalt, QuHGZ 1969, 5 ff; wird zitiert: *Ulrich*, QuHGZ 1969, [Seite].

Unger, Joseph, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts[5] II (1892); wird zitiert: *Unger*, System[5] II [Seite].

van den Daele, Wolfgang, Probleme des gegenseitigen Vertrages. Untersuchungen zur Äquivalenz gegenseitiger Leistungspflichten (1968); wird zitiert: *van den Daele*, Gegenseitiger Vertrag [Seite].

Virgós, Miguel/Schmit, Etienne, Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren (Deutsche Fassung nach Überarbeitung durch die Gruppe der Rechts- und Sprachsachverständigen, Der Rat der Europäischen Union, Doc. 6500/1/96 REV 1); werden zitiert: *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht [Rz].

Vogelsinger, N.N., Das Zurückbehaltungsrecht, ÖBA 1958, 371 ff; wird zitiert: *Vogelsinger*, ÖBA 1958, [Seite].

Vollmaier, Peter, Die Form des dreipersonalen Pfandverhältnisses, JBl 2005, 545 ff; wird zitiert: *Vollmaier*, JBl 2005, [Seite].

von Bar, Christian/Clive, Eric (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition Band I bis VI (2009); werden zitiert: *von Bar/Clive*, DCFR [Buch] [Seite].

von Bar, Christian/Clive, Eric/Schulte-Nölke, Hans/Beale, Hugh/Herre, Johnny/Huet, Jérôme/Schlechtriem, Peter/Storme, Matthias/Swann, Stephen/Varul, Paul/Veneziano, Anna/Zoll, Fryderyk (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition (2008); werden zitiert: *von Bar/Clive/Schulte-Nölke/Beale/Herre/Huet/Schlechtriem/Storme/Swann/Varul/Veneziano/Zoll*, DCFR IOE [Seite].

von Bar, Christian/Clive, Eric/Schulte-Nölke, Hans/Beale, Hugh/Herre, Johnny/Huet, Jérôme/Storme, Matthias/Swann, Stephen/Varul, Paul/Ve-

neziano, Anna/Zoll, Fryderyk (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition (2009); werden zitiert: *von Bar/Clive/Schulte-Nölke/Beale/Herre/Huet/Storme/Swann/Varul/Veneziano/Zoll*, DCFR OE [Seite].

Voskuil, Cornelis (Hrsg), Hague Zagreb Essays on the Law of International Trade – 5. Reservation of Title, Multiparty Arbitration (1985); wird zitiert: *Voskuil*, Reservation of Title [Seite].

Vranes, Erich, Nochmals zur Rückstellung der Pfandsache unter Vorbehalt (§ 467 3. Alt ABGB), JBl 1996, 763 ff; wird zitiert: *Vranes*, JBl 1996, [Seite].

Wacke, Andreas, Die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten. Zur Dogmatik und vergleichenden Geschichte des § 185 Abs. 2 BGB, SZ (rom Abt) 114 (1997) 197 ff; wird zitiert: *Wacke*, SZ (rom Abt) 114, [Seite].

Walter, Edith, Die Treuhand im Exekutions- und Insolvenzverfahren (1998); wird zitiert: *E. Walter*, Treuhand [Seite].

Wank, Rolf/Kamanabrou, Sudabeh, Zur Widerruflichkeit der Einigung bei den §§ 929 S. 1, 930, 931 BGB, JURA 2000, 154 ff; werden zitiert: *Wank/Kamanabrou*, JURA 2000, [Seite].

Wegan, Josef, Österreichisches Insolvenzrecht. Konkurs- und Ausgleichsrecht (1973); wird zitiert: *Wegan*, Insolvenzrecht [Seite].

Weigelin, Ernst, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. Ein Beitrag zur Lehre von der Aufrechnung nach deutschem Reichsrechte (1904); wird zitiert: *Weigelin*, Aufrechnung [Seite].

Weissel, Georg, Anfechtung der Unterlassung eines Kreditabrufs? ZIK 2011, 129 ff; wird zitiert: *Weissel*, ZIK 2011, [Seite].

Wellspacher, Moriz, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte (1906); wird zitiert: *Wellspacher*, Vertrauen [Seite].

Wellspacher, Moriz, Sicherungsübereignung und Konkursordnung, GZ 1918, 49 ff; wird zitiert: *Wellspacher*, GZ 1918, [Seite].

Welser, Rudolf, Vertretung ohne Vollmacht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo (1973); wird zitiert: *Welser*, Vertretung [Seite].

Welser, Rudolf, Rezension: Spielbüchler, Der Dritte im Schuldverhältnis, JBl 1975, 219 ff; wird zitiert: *Welser*, JBl 1975, [Seite].

Welser, Rudolf, Posterior tempore, potior iure! NZ 1994, 73; wird zitiert: *Welser*, NZ 1994, [Seite].

Welser, *Rudolf*, Bürgerliches Recht[13] Band II (2007); wird zitiert: *Welser*, Bürgerliches Recht[13] II [Seite].

Welser, Rudolf/Kletečka, Andreas, Bürgerliches Recht[15] Band I (2018); werden zitiert: *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[15] I [Rz].

Welser, Rudolf/Zöchling-Jud, Brigitta, Bürgerliches Recht[14] Band II (2015); werden zitiert: *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht[14] II [Rz].

Welser, Rudolf/Graff, Michael, Zum Rücktrittsrecht des Masseverwalters gem § 21 KO im Konkurs eines ARGE-Partners, GesRZ 1984, 121 ff; werden zitiert: *Welser/Graff*, GesRZ 1984, [Seite].

Welser, Rudolf/Jud, Brigitta, Die neue Gewährleistung. Kurzkommentar zu sämtlichen gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des ABGB und KSchG (2001); werden zitiert: *Welser/B. Jud*, Gewährleistung [§] [Rz].

Wendehorst, Christiane/Zöchling-Jud, Brigitta (Hrsg), Verbraucherkreditrecht. VerbraucherkreditG und ABGB-Darlehensbestimmungen (2010); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht [§] [Rz].

Wesener, Gunter, Dingliche und persönliche Sachenrechte – iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung, in: Jayme, Erik (Hrsg), Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991 (1991) 195 ff; wird zitiert: *Wesener*, FS Niederländer [Seite].

Westermann, Harry (Begr), fortgeführt von: *Westermann, Harm Peter/Gursky, Karl-Heinz/Eickmann, Dieter*, Sachenrecht[8] (2011); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Westermann, Sachenrecht[8] [Seite].

White, Michelle J., Economics of Bankruptcy, in: Parisi, Francesco (Hrsg), Oxford Handbook of Law and Economics II (2017) 447 ff; wird zitiert: *White* in Parisi, Oxford Handbook II [Seite].

Widhalm-Budak, Katahrina, Verhinderung der Vertragsauflösung und unwirksame Vereinbarungen, in: Konecny, Andreas (Hrsg), Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (2010) 23 ff; wird zitiert: *Widhalm-Budak* in Konecny, IRÄG 2010, [Seite].

Widhalm-Budak, Katharina, Bereicherungsanspruch der Konkursmasse nach Vertragsrücktritt gem § 21 KO bei erfolgter (Teil-)Abtretung des Erfüllungsanspruchs. Anmerkungen zu OGH 8 Ob 45/09i, ZIK 2010, 45 f; wird zitiert: *Widhalm-Budak*, ZIK 2010, [Seite].

Widhalm-Budak, Katharina/Riel, Stephan, Schicksal eines Kaufs unter Eigentumsvorbehalt im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung bei Fehlen eines ausdrücklich erklärten Vertragsrücktritts. Anmerkungen zu OGH 6 Ob 208/13a, ZIK 2014, 202 ff; werden zitiert: *Widhalm-Budak/Riel*, ZIK 2014, 202 [Seite].

Wieacker, Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung[2] (1967); wird zitiert: *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte[2] [Seite].

Wiegand, Wolfgang, Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen nach § 932 ff BGB, JuS 1974, 201 ff; wird zitiert: *Wiegand*, JuS 1974, [Seite].

Wiegand, Wolfgang, Rechtsableitung vom Nichtberechtigten. Rechtsschein und Vertrauensschutz bei Verfügungsgeschäften, JuS 1978, 145 ff; wird zitiert: *Wiegand*, JuS 1978, [Seite].

Wiegand, Wolfgang, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsüberegnung und Fahrnispfand, in: Wiegand, Wolfgang (Hrsg), Mobiliarsicherheiten. Siche-

rungszession und -übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht. Berner Bankrechtstag 1998 (1998) 75 ff; wird zitiert: *Wiegand* in Wiegand, Mobiliarsicherheiten [Seite].

Wiegand, Wolfgang (Hrsg), Mobiliarsicherheiten. Sicherungszession und -übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht. Berner Bankrechtstag 1998 (1998); wird zitiert: [*Autor*] in Wiegand, Mobiliarsicherheiten [Seite].

Wieling, Hans Josef, Sachenrecht[2] I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen. Enzyklopädie des Rechts- und Staatswissenschaft (2006); wird zitiert: *Wieling*, Sachenrecht[2] [Seite].

Wieling, Hans Josef/Finkenauer, Thomas, Sachenrecht[6] (2020); werden zitiert: *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht[6] [Rz].

Wiesbauer, Bruno, Die Anerkennung des Eigentumsvorbehalts in Westeuropa, ZIP 1981, 1063 ff; wird zitiert: *Wiesbauer*, ZIP 1981, [Seite].

Wilburg, Walter, Die Elemente des Schadensrechts (1941); wird zitiert: *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts [Seite].

Wilburg, Walter, Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBl 1949, 29 ff; wird zitiert: *Wilburg*, JBl 1949, [Seite].

Wilburg, Walter, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, Rede gehalten in Graz am 22. November 1950; wird zitiert: *Wilburg*, Bewegliches System [Seite].

Wilhelm, Georg, Kündigung des Bauvertrages wegen Konkurses des Bauunternehmers? RdW 1986, 363 ff; wird zitiert: *Wilhelm*, RdW 1986, [Seite].

Wilhelm, Georg, Entscheidungsanmerkung zu OGH 5 Ob 18/97a, ecolex 1997, 424; wird zitiert: *Wilhelm*, ecolex 1997, [Seite].

Wilhelm, Jan, Sachenrecht[7] (2021); wird zitiert: *Wilhelm*, Sachenrecht[7] [Rz].

Willvonseder, Reinhard, Taktikspiel AGB? Zum Problem einander widersprechender allgemeiner Geschäftsbedingungen, RdW 1986, 69 ff; wird zitiert: *Willvonseder*, RdW 1986, [Seite].

Wilmowsky, Peter von, Europäisches Kreditsicherungsrecht: Sachenrecht und Insolvenzrecht unter dem EG-Vertrag (1996); wird zitiert: *Wilmowsky*, Kreditsicherungsrecht [Seite].

Wilmowsky, Peter von, Aufrechnung in der Insolvenz, NZG 1998, 481 ff; wird zitiert: *Wilmowsky*, NZG 1998, [Seite].

Wilutzky, N. N., Die Verfügungen des BGB, ArchBR 28 (1906) 53 ff; wird zitiert: *Wilutzky*, ArchBR 28, [Seite].

Wimmer, Manfred, Die Einrede der Unsicherheit in Zielschuldverhältnissen (§ 1052 Satz 2 ABGB), ÖJZ 1980, 449 ff; wird zitiert: *Wimmer*, ÖJZ 1980, [Seite].

Windel, Peter A., Die Aufrechnungslage als objektiv-vermögensrechtlicher Tatbestand, KTS 2000, 215 ff; wird zitiert: *Windel*, KTS 2000, [Seite].

Windscheid, Bernhard, Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856); wird zitiert: *Windscheid*, Actio des römischen Civilrechts [Seite].

Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts[6] Bd I (1887); wird zitiert: *Windscheid*, Pandekten[6] I [Seite].

Wolf, Patricia, Die Kaution im Mietrecht, wobl 1999, 343 ff; wird zitiert: *Wolf*, wobl 1999, [Seite].

Wolff, Martin/Raiser, Ludwig, Sachenrecht. Ein Lehrbuch[10] (1957); werden zitiert: *Wolff/Raiser*, Sachenrecht[10] [Seite].

Wolff, Th., Das Retentionsrecht nach den Bestimmungen des allgem. Deutschen Handelsgesetzbuchs (Art. 313 bis 316), ArchHR 3 (1864) 251 ff; wird zitiert: *Wolff*, ArchHR 3, [Seite].

Wolff, Th., Begründet das über ein Immobiliarrecht formlos geschlossene Kaufgeschäft einen klagbaren Anspruch auf die Rechtsänderung, ErläutDtR 47 (1903) 26 ff; wird zitiert: *Wolff*, ErläutDtR 47, [Seite].

Wolff, Th., Darf das Zurückbehaltungsrecht in den Fällen geltend gemacht werden, in denen die Aufrechnung verboten ist? ArchBR 26 (1905) 315 ff; wird zitiert: *Wolff*, ArchBR 26, [Seite].

Wolkerstorfer, Thomas, Zur Publizität bei der Verpfändung von Forderungen, JBl 2011, 225 ff und 288 ff; wird zitiert: *Wolkerstorfer*, JBl 2011, [Seite].

Wolkerstorfer, Thomas, Verpfändung von Maschinen durch Zeichen, RdW 2014, 507 ff; wird zitiert: *Wolkerstorfer*, RdW 2015, [Seite].

Zechner, Alfons, Forderungsexekution. Kommentar §§ 290 bis 324 Exekutionsordnung (2000); wird zitiert: *Zechner*, Forderungsexekution [§] [Rz].

Zechner, Alfons, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung. Kommentar §§ 370 bis 404 Exekutionsordnung (2000); wird zitiert: *Zechner*, EV [§] [Rz].

Zeiller, Franz von, Einleitender Vortrag zum Sachenrecht vom 21. März 1803; wird zitiert: *Zeiller*, Vortrag zum Sachenrecht.

Zeiller, Franz von, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Band II (1812) und Band IV (1813); wird zitiert: *Zeiller*, Commentar [Band] [Seite].

Zib, Christian/Dellinger, Markus, Unternehmensgesetzbuch Großkommentar Bd IV (2019); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Zib/Dellinger, UGB [§] [Rz].

Zimmermann, Reinhard, Textstufen in der modernen Entwicklung des Europäischen Privatrechts, EuZW 2009, 219 ff; wird zitiert: *Zimmermann*, EuZW 2009, [Seite].

Zitelmann, Ernst, Die juristische Willenserklärung, JherJB 16 (1878) 357 ff; wird zitiert: *Zitelmann*, JherJB 16, [Seite].

Zöllner, Wolfgang, Materielles Recht und Prozeßrecht, AcP 190 (1990) 471 ff; wird zitiert: *Zöllner*, AcP 190, [Seite].

Sachverzeichnis

Bisher erschienene Bände der Juristischen Schriftenreihe

Band 1: Peter Apathy, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979)
Band 2: Peter Jabornegg, Risiko des Versicherers (1979)
Band 3: Kurt Auckenthaler, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden (1980)
Band 4: Wolfgang Schuhmacher, Verbraucher und Recht in historischer Sicht (1981)
Band 5: Peter Apathy, Die publizianische Klage (1981)
Band 6: Gert Michael Iro, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982)
Band 7: Peter Jabornegg, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982)
Band 8: Konrad Grillberger, Eheliche Gütergemeinschaft (1982)
Band 9: Gottfried Call, Mietrecht und Wohnungseigentum (1983)
Band 10: Ferdinand Kerschner, Irrtumsanfechtung (1984)
Band 11: Gottfried Call/Joachim Tschütscher, Mietrechtsgesetz (1986)
Band 12: Alfred Burgstaller, Das Pfandrecht in der Exekution (1988)
Band 13: Bruno Wiesbauer, Neuerungen im internationalen Insolvenzrecht (1988)
Band 14: Peter Apathy, Der Verwendungsanspruch (§ 1041 ABGB) (1988)
Band 15: Walter Buchegger, Die Ausgleichserfüllung (1988)
Band 16: Clemens Jabloner, Die Mitwirkung der Bundesregierung an der Landesgesetzgebung (1989)
Band 17: Einhard Steininger, Die Kontrolle der Tatfrage im schöffengerichtlichen Verfahren (1989)
Band 18: Martin Kriegner, Kapitalausstattung und Rechtsformzwang der Versicherungsunternehmen (1990)
Band 19: Wolfgang Brandstetter/Gerhard Loibl, Neutralität und Waffenexporte (1990)
Band 19a: Wolfgang Brandstetter/Gerhard Loibl/Bernhard Raschauer/Gero Schmied, Neutralität und Waffenexporte (1991)
Band 20: Andreas Riedler, Der Prämienzahlungsverzug bei Erst- und Folgeprämie (1990)
Band 21: Robert Walter/Rudolf Thienel, Parlament und Bundesverfassung (1990)
Band 22: Nikolaus Dimmel/Alfred J. Noll, Verfassung. Juristisch-politische und sozialwissenschaftliche Beiträge anlässlich des 70-Jahr-Jubiläums des Bundes-Verfassungsgesetzes (1990)
Band 23: Bernhard Beumer, Individuelles Streikrecht (1990)

Band 24: Michael Gruber, Gewährleistung für bedungene Eigenschaften (1990)
Band 25: Christof Pöchhacker, Suggestivwerbung und unlauterer Wettbewerb (1990)
Band 26: Rudolf Thienel, Verweisungen auf ÖNORMEN (1990)
Band 27: Gerhart Holzinger/Heinrich Neisser/Norbert Wimmer, Funktion der Verfassung (1990)
Band 28: Franz Marhold, Konzernmitbestimmung (1990)
Band 29: Andreas J. Kumin, Rechte und Pflichten der Nationalratsabgeordneten (1990)
Band 30: Rudolf Thienel, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht (1990)
Band 31: Erwin Bernat, Fortpflanzungsmedizin (1991)
Band 32: Alfred J. Noll, Bibliographie zur Verfassungsgerichtsbarkeit (1991)
Band 33: Gerhard Braumüller, Das Zurückbehaltungsrecht in Exekution und Insolvenz (1991)
Band 34: Alexander Klaus, Ärztliche Schweigepflicht (1991)
Band 35: Walter Sandholzer, Grundverkehr und Ausländergrunderwerb (1991)
Band 36: Rudolf Thienel, Anklageprinzip und Zeugnisentschlagungsrecht (1991)
Band 37: Marie-Theres Frick, Persönlichkeitsrechte (1991)
Band 38: Richard Winkelhofer, Säumnis von Verwaltungsbehörden (1991)
Band 39: Reinhard Geist, Grundprobleme der Kapitalvorgesellschaft (1991)
Band 40: Rainer Roniger, Heer und Demokratie (1991)
Band 41: Alexander Illedits, Teilnichtigkeit im Privatrecht (1991)
Band 42: Alexander Grubmayr, Ausnehmungen aus dem Kartellgesetz (1991)
Band 43: Karl Mayrhofer, Amtswegige Wahrnehmung im Strafprozess (1991)
Band 44: Alexandra Maria Heindl, Investmentfondsgesetz (1991)
Band 45: Franz Zehetner/Wolfgang Weiß, Zur Verwaltungsakzessorietät der Neutralitätsgefährdung (1992)
Band 46: Alfred J. Noll, Internationale Verfassungsgerichtsbarkeit (1992)
Band 47: Peter Jabornegg, Die vorläufige Deckung (1992)
Band 48: Rudolf Scherrer, Versicherungsrechtliche Schadensminderungspflicht (1992)
Band 49: Knut Trachimow, Personalinformationssysteme und Mitarbeitervertretung (1992)
Band 50: Eva Grassl-Palten, Feuerversicherung und Realkredit (1992)
Band 51: Walter Schuppich/Richard Soyer, Vorverfahren und Verteidigungsrechte (1992)
Band 52: Heinz Pansi, Inhalt, Auswirkung und Verwirklichung der Forderungsprogramme der Bundesländer (1992)
Band 53: Armin Bammer, Bundestheater und Verfassung (1992)
Band 54: Ernst Denk, Die Bewilligungspflicht im Außenhandelsgesetz (1992)
Band 55: Christian Holzner, Die „Enteignung“ des Nichteigentümers (1992)
Band 56: Rainer Tahedl, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellung im österreichischen Kartellrecht (1993)
Band 57: Johannes Stainer, Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf (1993)
Band 58: Bernd Schmidhammer, Der Liefervertrag (1992)

Band 59: Wolfgang Kleewein, Hypothetische Kausalität und Schadensberechnung (1993)
Band 60: Monika Gimpel-Hinteregger, Umwelthaftungsreform (1992)
Band 61: Jürgen Kronberger, Der Softwarevertrag (1992)
Band 62: Sigrid Kropiunig, Ausgewählte Fragen der Nachlassseparation (1993)
Band 63: Walter Schuppich/Richard Soyer, Haft und Rechtsschutz (1993)
Band 64: Markus Haslinger/Ingo Wieser/Franz Zehetner, Grenzüberschreitender Verkehr mit strategischen Gütern (1993)
Band 65: Alexander Tipold, Die Beistellung des Verteidigers im Strafprozess (1993)
Band 66: Peter Kastner, Der Schutz des Hausrechts (1994)
Band 67: Stefan Günther, Verfassung und Sozialversicherung (1994)
Band 68: Eva Grassl-Palten, Sacherwerb und Versicherungsschutz (1996)
Band 69: Klaus Schimik, Die Exekution zur Sicherstellung (1994)
Band 70: Bernhard Eder, Der Schuldnerschutz in der gerichtlichen Exekution (1994)
Band 71: Victor Thurnher, Grundfragen des Treuhandwesens (1994)
Band 72: Paul Oberhammer, Richterliche Rechtsgestaltung und rechtliches Gehör (1994)
Band 73: Robert Walter, Überlegungen zu einer Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts Band 1 (1994)
Band 74: Robert Walter, Überlegungen zu einer Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts Band 2 (1994)
Band 75: Richard Novak/Bernd Wieser, Zur Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1994)
Band 76: Klaus Zeleny, Eisenbahnplanungs- und Baurecht (1994)
Band 77: Bernd Wieser, Die einstweilige Bundesregierung (1994)
Band 78: Werner Hauser, Universitäre Studienplanung (1995)
Band 79: Markus Haslinger/Ingo Wieser/Franz Zehetner, Grenzüberschreitender Verkehr mit strategischen Gütern (1994)
Band 80: Erwin Bernat, Anfang und Ende des menschlichen Lebens (1994)
Band 81: Nader Mahdi, Die Wettbewerbshandlung im UWG (1994)
Band 82: Rainer van Husen, Rechtsformwechsel von Genossenschaften (1995)
Band 83: Friedrich Rüffler, Der Sachverständige im Zivilprozess (1995)
Band 84: Arbeitsgruppe Stpo-Reform des Bundesministeriums für Inneres, Kriminalpolizei und Strafprozessreform (1995)
Band 85: Harald Festl, Das Recht der Feuerwehr (1995)
Band 86: Gerhard Schnedl, Das Ausländerwahlrecht – ein europäisches Gebot (1995)
Band 87: Marianne Löschnig-Gspandl, Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht (1996)
Band 88: Heinz Keinert, Freiwilliges Ausscheiden aus der Wohnungsgemeinnützigkeit (1996)
Band 89: Peter Ozlberger, Ehrenschutz und Medienstrafrecht (1996)
Band 90: Thomas Talos, Buchwertklauseln bei Personenhandelsgesellschaften (1996)

Band 91: Karl-Maria Pfeffer, Einstweiliger Rechtsschutz in Sozialrechtssachen (1996)
Band 92: Rudolf Thienel, Der mehrstufige Verwaltungsakt (1996)
Band 93: Walter Barfuß, Sicherheitsverwaltung (1996)
Band 94: Heinrich Hipsch, Betriebspension (1996)
Band 95: nicht erschienen
Band 96: Richard Soyer, Strukturreform des Vorverfahrens (1996)
Band 97: Eva-Maria Cuber, Formen anwaltlicher Zusammenarbeit unter besonderer Berücksichtigung der Anwalts-EEG (1996)
Band 98: Stefan Seiler, Die Stellung des Beschuldigten im Anklageprozess (1996)
Band 99: Elisabeth Böhler, Die Stiftung in Österreich (1996)
Band 100: Peter Bußjäger, Der Rückzug des Rechts aus dem Gesetzesstaat (1996)
Band 101: Ewald Wiederin, Neue Perspektiven im Ausländerrecht (1996)
Band 102: Gerhard Baumgartner, EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz (1997)
Band 103: Gertrud Stefanie Kalchschmid, Die Organtransplantation (1997)
Band 104: Barbara Auracher-Jäger, Die Mechanismen im Nationalrat (1997)
Band 105: Andreas Grabenweger, Die Grenzen rechtmäßiger Strafverteidigung (1997)
Band 106: Ena-Marlis Bajons/Peter G. Mayr/Gerold Zeiler, Die Übereinkommen von Brüssel und Lugano (1997)
Band 107: Bernhard Bukovc, Werbefreiheit für Rechtsanwälte in Österreich (1997)
Band 108: Susanne Reindl, Untersuchungshaft und Menschrechtskonvention (1997)
Band 109: Helmut Türk, Österreich im Spannungsfeld von Neutralität und kollektiver Sicherheit (1997)
Band 110: Kurt Retter, Die Wirtschaftskammerorganisation (1997)
Band 111: Richard Soyer, Die (Ordentliche) Wiederaufnahme des Strafverfahrens (1998)
Band 112: Rudolf Thienel, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999)
Band 113: Christian Aschauer, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungs- und Belastungsverbot bei Liegenschaften (1998)
Band 114: Matthias Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997)
Band 115: Jürgen Frieberger, Beweisverbote im Verwaltungsverfahren (1997)
Band 116: Michael Malaniuk, Österreichisches Bergsportrecht (2000)
Band 117: Wolfgang Wieshaider, Der übergangene rechtliche Interessent (1999)
Band 118: Wilfrid Ludwig Weh, Vom Stufenbau zur Relativität (1997)
Band 119: nicht erschienen
Band 120: Rainer Hofmann/Joseph Marko/Franz Merli/Ewald Wiederin, Information, Medien und Demokratie (1997)
Band 121: Benjamin Kneihs, Grundrechte und Sterbehilfe (1998)
Band 122: Florian Ermacora, Abfall – Produkt. Der europäische Abfallbegriff und seine nationale Umsetzung am Beispiel des österreichischen Rechts (1999)

Band 123: Robert Knappitsch, Der Arbeitsgerichts-Rechtsschutz nach dem ARB 1994 (1998)
Band 124: Christian Holzner, Ehevermögen bei Scheidung und bei Tod (1998)
Band 125: Bernd Schilcher/Peter Koller/Bernd-Christian Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000)
Band 126: Peter Bußjäger, Der Unbegriff des Politischen (1999)
Band 127: Rainer Hofmann/Pavel Holländer/Franz Merli/Ewald Wiederin, Armut und Verfassung (1998)
Band 128: Markus Boesch, Betriebsübergang und Insolvenz (1998)
Band 129: Helping Hands, Fremdenrecht in der EU (1998)
Band 130: Bernhard Müller, Der Nachbar im Betriebsanlagenrecht (1998)
Band 131: Alois Birklbauer, Die teilbedingte Strafnachsicht (1998)
Band 132: Wolfgang Schöpp, Wohneigentumsbildung und Wohnbauförderung (1998)
Band 133: nicht erschienen
Band 134: Edith Walter, Die Treuhand im Exekutions- und Insolvenzverfahren (1998)
Band 135: Gustav Breiter, Fahrlässige Krida nach Zahlungsunfähigkeit (1998)
Band 136: Lorenz Riegler, Ein Europäischer Liegenschaftsvertrag? (1999)
Band 137: Albin Dearing/Elisabeth Förg, Konferenzdokumentation „Polizeiarbeit gegen Gewalt an Frauen“ (1999)
Band 137e: Albin Dearing/Elisabeth Förg, Police combating violence against women (1999)
Band 138: Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales, ASVG – Neue Wege für die Rechtsetzung (1999)
Band 139: Martin Schauer, Rechtsprobleme der erbrechtlichen Nachfolge bei Personenhandelsgesellschaften (1999)
Band 140: Alfred J. Noll, Recht contra Medien? Möglichkeiten und Grenzen des Rechts im Zeitalter dynamischer Medienentwicklung (1999)
Band 141: Martin Zartl, Die Hilfeleistungspflicht nach § 94 StGB (1999)
Band 142: Raphael Thunhart, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000)
Band 143: Richard Simsalik, Verfahrensrechtliche Konflikte zwischen Abgaben- und Finanzstrafverfahren (1999)
Band 144: Clemens Egermann, Endloshaftung des Betriebsveräußerers (1999)
Band 145: Thomas Piskernigg, Die Selbsthilferegelung des ABGB (1999)
Band 146: Richard Sturn/Gerhard Wohlfahrt, Der gebührenfreie Hochschulzugang und seine Alternativen (1999)
Band 147: Roland Parzmayr, Zur individuellen Schadenskomponente beim Betrug (2000)
Band 148: Martin Schauer, Schengen – Maastricht – Amsterdam (2000)
Band 149: Martin Schauer/Johannes Stabentheiner, Erneuerung des Wohnrechts (2000)
Band 150: Stefan Seiler, Das Delikt als Handlungselement in Richard Wagners „Der Ring des Nibelungen“ (1998)
Band 151: Verena Murschetz, Verwertungsverbote bei Zwangsmaßnahmen gegen den Beschuldigten (1999)

Band 152: Bernd Wieser/Armin Stolz, Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (2000)
Band 153: Norbert Schopf, Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (2000)
Band 154: Andreas Kaufmann, Die Haftung des geschädigten Bauherrn für fremdes Verhalten (2000)
Band 155: Martina Leonhartsberger, Das Habilitationsverfahren nach dem UOG 1993 (2000)
Band 156: Erich Schäfer, Umwelt- und Betriebsanlagenrecht (2000)
Band 157: Karl Heinz Auer, Verfassung und Strafrecht im Kontext rechtsphilosophischer Ethik (2000)
Band 158: Anna Gamper, Die Verfassungsrechtliche Grundordnung als Rechtsproblem (2000)
Band 159: Erich Schäfer, Umweltverträgliche Verkehrspolitik mit rechtlichen Instrumenten (2000)
Band 160: Tatjana Chiwitt-Oberhammer, Der fehlerhafte Schiedsspruch (2000)
Band 161: Stefan Leo Frank, Gemeinschaftsrecht und staatliche Verwaltung (2000)
Band 162: Kurt Neuteufel, Schiedsrechtliche Entscheidungen 1898–1998 (2000)
Band 163: Birgitt Haller/Barbara Liegl, Das Österreichische Gewaltschutzgesetz (2000)
Band 164: Harald Stingl, Forum selection in the conflict of laws (2001)
Band 165: Klaus Zeleny, Feuerwehr und Eisenbahn: Rechtliche Rahmenbedingungen für Hilfeleistungen (2000)
Band 166: Ulfried Terlitza, Die Bauwerkehaftung (§ 1319 ABGB) (2000)
Band 167: Irene Öhlinger, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001)
Band 168: Stefan Muskatelz, Der Datenzugriff im Strafverfahren (2000)
Band 169: Bernd-Christian Funk/Isabella Fänerich/Wilfried Schönbäck/Claudia Stoiss, Das Mineralrohstoffgesetz 1999 (2000)
Band 170: Walter Hauptmann, Drogenpolitik ohne Strafrecht? (2000)
Band 171: Heribert Franz Köck/Margit Hintersteininger, Europa als Sicherheits- und Wertegemeinschaft (2000)
Band 172: Florian Ermacora/Ludwig Krämer, Die Umsetzung des Europäischen Umweltrechts in Österreich (2000)
Band 173: Isabella Krois, Die Restitution von Kunst- und Kulturgütern am Fall der Familie Rothschild (2000)
Band 174: Martin Stefula, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001)
Band 175: Reingard Riener-Hofer, Rechtsbereinigung und ihre Entwicklung in Österreich (2001)
Band 176: nicht erschienen
Band 177: Thomas Petz, Die Unidroit Prinzipien für internationale Handelsverträge (2001)
Band 178: Angelika Wirbel-Rusch, Telemedizin: Haftungsfragen (2001)
Band 179: Robert König, Videoüberwachung (2001)
Band 180: Volker Mogel, Europäisches Urheberrecht (2001)
Band 181: Christian Markl, Die rechtliche Stellung von Ehegatten im Wohnungseigentumsrecht (2001)

Band 182: Manuela Postl, Nachbarrechtliche Abwehransprüche gegen die Errichtung von Handymasten (2001)
Band 183: Thomas Zacharias, Die Dynamik des Medienrechts (2001)
Band 184: Alexandra Mair, Die Zuordnung von Sachteilen beim Wohnungseigentum (2001)
Band 185: Rudolf Thienel, Mehrpolige Rechtsverhältnisse und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2001)
Band 186: Bernd Kante, Verwaltungsrechtliche Großverfahren (2001)
Band 187: Peter Mayr, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002)
Band 188: Angela Heffermann, Telekommunikationsrecht Liberalisierung und Wettbewerb (2002)
Band 189: nicht erschienen
Band 190: Johannes Zollner, Kontrollwechsel und Kontrollerlangung im Übernahmegesetz (2002)
Band 191: Barbara Weichselbaum, Berufsbeamtentum und Verfassung (2002)
Band 192: Ewald Wiederin, Wettbewerb im neuen Rechtsrahmen (2002)
Band 193: Maja Pircher, Honorarberechtigung in der Sonderklasse öffentlicher Heilanstalten (2002)
Band 194: Florian Mast, Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Alternative zur Tiroler Vertragsraumordnung? (2003)
Band 195: Clemens Mayr, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht (2002)
Band 196: Renate Bienert-Nießl, Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess (2003)
Band 197: Martin Moritz, Das Diskriminierungsverbot im Spannungsverhältnis zu Gleichbehandlung und Gerechtigkeit (2003)
Band 198: Kurt Grünewald/Johannes Gadner, Universitätsgesetz 2002 – Weltklasse oder Sackgasse? (2003)
Band 199: Konrad Lachmayer, Beiräte in der Bundesverwaltung (2003)
Band 200: Andreas Janko, Gesamtänderung der Bundesverfassung (2004)
Band 201: Ferdinand Kerschner/Erika Wagner, Koexistenz zwischen Gentechnik, Landwirtschaft und Natur – Rechtliche Rahmenbedingungen (2003)
Band 202: Karin Gusenleitner, Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand (2004)
Band 203: Alice Fremuth-Wolf, Die Schiedsvereinbarung im Zessionsfall (2004)
Band 204: Stefan Perner, Gemeinschaftliche Forderungen (2004)
Band 205: Birgit Schneider, Die Auslegung von Parteiprozesshandlungen (2004)
Band 206: Olaf Riss, Die Erhaltungspflicht des Vermieters (2005)
Band 207: Helmut Ortner, Constractus & Cyberworld (2005)
Band 208: Einhard Steininger, Sozialadäquanz und berufstypisches Handeln (2005)
Band 209: Frank Riel, Das Zwangsausgleichsverfahren (2005)
Band 210: Albin Dearing/Birgitt Haller, Schutz vor Gewalt in der Familie (2005)
Band 211: Erhard Perl, Die Sparkassen-Privatstiftung (2005)
Band 212: Zuzanna Chojnacka, Notifikationsverfahren für technische Vorschriften und Normen (2005)
Band 213: Tanja Domej, Die Amtspartei im Verwaltungsverfahren (2006)

Band 214: Elke Joeinig, Die anfängliche Unmöglichkeit (2006)
Band 215: Felix Müller, Das Verbotsgesetz im Spannungsverhältnis zur Meinungsfreiheit (2005)
Band 216: Annemarie Wieser, Gruppenversicherungen (2006)
Band 217: Christina Wartinger, Urheberrecht und Arbeitsverhältnis (2006)
Band 218: Ralf Blaha, Trusted Computing auf dem Prüfstand des kartellrechtlichen Missbrauchsverbotes (2006)
Band 219: Ronald Faber, Vermögensrestitution im öffentlichen Recht (2007)
Band 220: Claudia Erbler, Arbeitsrechtliche Aspekte der freiwilligen und gesetzlichen Interessensvertretungen (2007)
Band 221: Barbara C. Steininger, Verschärfung der Verschuldenshaftung (2007)
Band 222: Holger Habich, Handel mit Emissionszertifikaten (2007)
Band 223: Gerda Marx, Das Immobilienmanagement des Bundes (2008)
Band 224: Mirko Handler, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten mit besonderer Berücksichtigung des UWG und UrhG (2008)
Band 225: Bernd Wieser, Zur Neukodifikation des österreichischen Landesverfassungsrechts (2008)
Band 226: Karin Ziegler, Die erweiterte Produktehaftpflichtdeckung – nach den AHVB/EHVB 2005 (2008)
Band 227: Dominik Schatzmann, Meinungsfreiheit im Internet (2008)
Band 228: Marc E. Wittmann, Der Regierungschef in Österreich und Frankreich (2008)
Band 229: Julia Maria Ecker, Familienzusammenführung (2008)
Band 230: Christian Feltl, Der Director der englischen Limited (2008)
Band 231: Linda Rainer, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht (2009)
Band 232: Christian Schuster, Praxisfragen des Reiserechts in Österreich (2009)
Band 233: Philipp Höfle, Notwegerecht (2009)
Band 234: Christian Sparl, (Medizin-)rechtliche Fragen der Zahnmedizin (2009)
Band 235: Paul Simon Pesendorfer, Staatliche Akzeptanz von religiösen Riten und Symbolen (2009)
Band 236: Hans Tessar, Der Stufenbau nach der rechtlichen Autorität und seine Bedeutung für die juristische Interpretation (2010)
Band 237: Elke Heinrich, Haftung bei alternativer Kausalität mit Zufall (2010)
Band 238: Hans Tessar, Bundesverfassungsrechtliche Organisationsprinzipien staatlichen Handelns und Ausgliederung (2010)
Band 239: Franz Ohlenschläger, Forschungs- und Entwicklungskooperationen im Lichte des Kartellrechts (2011)
Band 240: Maximilian Auer, Das Grundrecht auf Datenschutz im Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen (2011)
Band 241: Tatjana Cardona, Parlamentarische Immunität in Österreich und Italien (2011)
Band 242: Bettina Baldauf, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen im Arztrecht (2011)
Band 243: nicht erschienen
Band 244: Franz Ohlenschläger, Das Forschungsförderungsrecht der Europäischen Union (2012)

Band 245: Michaela Wagner, Polygraphie im Strafverfahren? (2012)
Band 246: Günther Grassl, Das Verschlechterungsverbot im Umweltrecht der EU (2013)
Band 247: Julia Kohl, Das österreichische Glücksspielmonopol (2013)
Band 248: Stefan Krenn, Private Enforcement (2014)
Band 249: Mario Leistentritt, Das Aktivierungsverbot für unkörperliche Wirtschaftsgüter (2014)
Band 250: Thomas Kreiter, Beschäftigungsverhältnisse mit besonderer Zweckbestimmung (2014)
Band 251: Johannes Mitterecker, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2014)
Band 252: Tatjana Krutzler, Schadenersatz im Lauterkeitsrecht (2015)
Band 253: Konstantin Haas, Der Benutzungsbegriff im europäischen Markenrecht (2015)
Band 254: Clara Gordon, Stimmverbote im GmbH-Konzern (2015)
Band 255: Alexander Weber, Der „wichtige Grund“ für Gesellschafterausschluss und Geschäftsführerabberufung (2016)
Band 256: Josef Müllner, Rechtliche Rahmenbedingungen der Katastrophenbekämpfung (2016)
Band 257: Ludwig Schmid, Redlichkeit im Bereicherungsrecht (2016)
Band 258: Andreas Baumgartner, Die (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen und anderen Informationsexperten (2016)
Band 259: David Gumhold, Schadensberechnung bei Anlegerschäden (2017)
Band 260: Heidelinde Luef-Kölbl, Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess (2017)
Band 261: Marija Petričević, Rechtsfragen zur Intergeschlechtlichkeit (2017)
Band 262: Marcus W. A. Sonnberger, Die Spürbarkeit im europäischen Kartellrecht (2017)
Band 263: Reinhard Jantscher, Die Zurechnung von Staatsakten zu den Staatsgewalten (2017)
Band 264: Daniel Tamerl, Die Mitmiete (2017)
Band 265: Thomas Rainer Schmitt, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte (2017)
Band 266: Thomas Kreiter, Grundfragen und Perspektiven des Volksabstimmungsautomatismus (2017)
Band 267: Clara Hochleitner, Verkehrssicherungspflichten in Wohnungseigentumsanlagen (2017)
Band 268: Joachim Pierer, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018)
Band 269: Martin Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung (2018)
Band 270: Thomas Pfalz, Selbständige in der Arbeitslosenversicherung (2018)
Band 271: Reinhard Schamberger, Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen (2018)
Band 272: Benjamin Bukor, Abstammung – Ideologie – Recht (2018)
Band 273: Alexandra Kunesch, Präjudizialität in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (2018)
Band 274: Ulrich Wagrandl, Wehrhafte Demokratie in Österreich (2019)
Band 275: Maximilian Harnoncourt, Die Ersatzaussonderung (2019)

Band 276: Stephanie Nitsch, Umwelthaftung (2019)
Band 277: Florian Scholz-Berger, Schad- und Klagloshaltung (2019)
Band 278: Thomas Schoditsch, Grundrechte und Privatrecht (2019)
Band 279: Philipp Mörth, Das Legalitätsprinzip (2020)
Band 280: Alexander Müller, Das quasidingliche Recht (2019)
Band 281: Jakob Tschachler, Der österreichische Maßnahmenvollzug im Lichte der EMRK (2020)
Band 282: Philipp Merzo, Die Gesellschafternachfolge bei der GesbR (2019)
Band 283: Stefan Potschka, Leistungsbestimmung durch Dritte oder durch eine Vertragspartei (2020)
Band 284: Rosa Rünzler, Die Verjährung im österreichischen Gesellschaftsrecht (2020)
Band 285: Katharina Auernig, Das Überraschungsverbot (2020)
Band 286: Monika Stempkowski, Legalbewährung psychisch kranker Rechtsbrecher (2020)
Band 287: Lorenz Dopplinger, Die Grundrechtssubjektivität staatlicher Akteure (2020)
Band 288: Petra Sußner, Flucht – Geschlecht – Sexualität (2020)
Band 289: Maria Sagmeister, Geschlechtergerechte Arbeitsteilung (2021)
Band 290: Nadine Elsner, Die Nachschussobliegenheit in der Gesellschaftskrise (2021)
Band 291: Siegmar Lengauer, Die dogmatische Legitimation der strafrechtlichen Unterbringung geistig abnormer Rechtsbrecher (2021)
Band 292: Stephan Rihs, Die Bezirkshauptmannschaft (2021)
Band 293: Lukas Lobnik, Gläubigergleichbehandlung außerhalb der Insolvenz (2022)
Band 294: Florian Lehne, Der staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag (2022)
Band 295: Florian Werni, Religionsgemeinschaften und Gleichheit (2022)
Band 296: Gerald Lederer, Die unvollendete Bankenunion (2023)
Band 297: Anna Obereder, Feuerbestattung und der Umgang mit Leichenasche in Österreich (2023)
Band 298: Michael Cepic, Datenschutz bei den Zivilgerichten (2023)
Band 299: Philipp Grasser, Wissenszurechnung im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht (2023)